

**Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das
Beschwerdeverfahren nach SchKG
unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich**

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PETER NÖTZLI
von Zürich

Angenommen auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans-Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1980

**Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das
Beschwerdeverfahren nach SchKG
unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich**

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PETER NÖTZLI
von Zürich

Angenommen auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans-Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen, Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Februar 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 52 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1980

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich

Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

An dieser Stelle danke ich all jenen, die mir
bei der Abfassung der vorliegenden Arbeit
behilflich waren. Vorab gilt mein Dank
Herrn Prof. Hans Ulrich Walder-Bohner, Zollikon.

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	IX
 EINLEITUNG	 1
 1. TEIL Grundsätzliches zur Beschwerde	 3
 1. Kapitel Die betreibungsrechtliche Beschwerde	 3
§ 1 Begriff und rechtliche Natur	3
I. Begriff	3
II. Rechtliche Natur	4
 § 2 Vergleich mit der verwaltungsrecht-	
lichen Beschwerde und dem verwaltungs-	
rechtlichen Rekurs im Kanton Zürich	8
I. Vergleich mit der verwaltungsrecht-	8
lichen Beschwerde	
1. Die am Verfahren beteiligten Personen,	
Aemter und Gerichte	9
2. Grundsätzliches zum Verfahren	14
II. Vergleich mit dem verwaltungsrecht-	
lichen Rekurs	15
 § 3 Vergleich mit dem Rekurs des	
zürcherischen Zivilprozesses	16
I. Die am Verfahren beteiligten Personen,	
Aemter und Gerichte	16
II. Grundsätzliches zum Verfahren	17
 2. Kapitel Die betreibungsrechtlichen Auf-	
sichtsbehörden	19
 § 4 Die Organisation der Aufsichtsbehörden	19

I.	Die erste Instanz	19
II.	Die zweite Instanz	19
III.	Das Bundesgericht als Oberaufsichts- behörde	20
§ 5	Die Funktionen der Aufsichtsbehörden	21
I.	Die Beschwerdeinstanz	22
II.	Die Disziplinarinstanz	23
III.	Die Aufsichtsinstanz	24
	1. Die Aufsichtsfunktionen der kanto- nalen Behörden	24
	2. Die Aufsichtsfunktionen des Bundes- gerichts	27
	3. Abgrenzung Beschwerdeverfahren - Aufsichtsfunktion	30
§ 6	Ausstand	33
2. TEIL	Das Beschwerdeverfahren unter be- sonderer Berücksichtigung der analogen Anwendung zivilprozessualer Normen	36
1. Kapitel	Allgemeine Voraussetzungen zur Beschwerde	36
§ 7	Die anfechtbaren Verfügungen	36
I.	Die der Beschwerde unterstellten Behörden	36
II.	Der Begriff Verfügung	39
§ 8	Beschwerdegründe	43
I.	Gesetzesverletzung	43
II.	Unangemessenheit	44
III.	Rechtsverweigerung	44
IV.	Rechtsverzögerung	45

2. Kapitel Die Beschwerdeberechtigten	46
§ 9 Parteifähigkeit	46
§ 10 Prozessfähigkeit (Beschwerdefähigkeit) und Prozessführungsbefugnis	48
I. Prozessfähigkeit (Beschwerdefähigkeit)	48
1. Natürliche Personen	49
2. Juristische Personen	53
II. Prozessführungsbefugnis	54
§ 11 Postulationsfähigkeit	58
§ 12 Streitgenossenschaft und Nebenintervention	62
I. Streitgenossenschaft	62
1. Einfache Streitgenossenschaft (Subjektive Klagenhäufung)	62
2. Notwendige Streitgenossenschaft	65
II. Nebenintervention	67
§ 13 Legitimation zur Beschwerde	71
3. Kapitel Verfahrensgrundsätze	78
§ 14 Offizialmaxime - Verhandlungsmaxime	78
§ 15 Offizialmaxime - Dispositionsmaxime	83
§ 16 Eventualmaxime	87
§ 17 Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung	91

§ 18	Grundsatz der richterlichen Prozessleitung	93
I.	Die formelle richterliche Prozess- leitung	93
II.	Die materielle richterliche Prozessleitung	94
§ 19	Rechtliches Gehör	96
I.	Das Aeusserungsrecht	96
II.	Weitere aus dem Grundsatz des recht- lichen Gehörs fliessende Rechte	98
§ 20	Grundsatz der Deffentlichkeit	100
§ 21	Rechtskraft	101
I.	Die formelle Rechtskraft	101
II.	Unabänderlichkeit des Entscheides für die urteilende Instanz	102
III.	Die materielle Rechtskraft	104
4.	Kapitel Fristen und Kosten	107
§ 22	Fristen	107
I.	Allgemeines	107
II.	Die Berechnung der Fristen	108
1.	Beginn der Fristen	108
2.	Auswirkungen von Betreibungsferien, Rechtsstillstand und Gerichtsferien	111
a)	Allgemeines	111
b)	Auswirkungen auf die Verfügungen der Betreibungsämter und die Beschwerde- fristen	111
aa)	Auswirkungen auf die Verfügungen der Betreibungsämter	111
bb)	Auswirkungen auf die Beschwerdefristen	113
c)	Auswirkungen auf die Entscheide der Aufsichtsbehörden und die Rekurs- fristen	114

aa)	Die auf die Beschwerdeinstanzen anwendbare Ferienregelung	114
bb)	Auswirkungen auf die Entscheide der Aufsichtsbehörden	116
cc)	Auswirkungen auf die Rekursfristen	116
3.	Ende der Fristen	116
4.	Verlängerung und Wiederherstellung	118
a)	Verlängerung der Fristen	118
b)	Wiederherstellung der Fristen	118
III.	Wirkung des Ablaufs der Fristen	119
1.	Verbindlichkeit der Verfügungen für Parteien und Behörden	119
2.	Anfechtungsmöglichkeit nach Ablauf der Beschwerdefrist	119
§ 23	Kosten	120
5. Kapitel	Beschwerde an die untere kantonale Aufsichtsbehörde	122
§ 24	Einlegungsverfahren	122
I.	Zuständigkeit	122
1.	Oertliche Zuständigkeit	122
2.	Sachliche Zuständigkeit	123
II.	Einlegungsstelle	124
III.	Beschwerdeschrift	125
1.	Form	125
2.	Inhalt	127
a)	Beschwerdeerklärung	127
b)	Beschwerdeantrag	128
c)	Beschwerdebegründung	129
d)	Allfällige weitere Angaben	130
IV.	Wirkungen der Einlegung der Beschwerdeschrift	131
1.	Rechtshängigkeit	131
2.	Devolutiveffekt	133
3.	Suspensiveffekt	134

§ 25	Hauptverfahren	136
I.	Prüfung der Prozessvoraussetzungen	136
II.	Form	139
III.	Vernehmlassung	139
§ 26	Beweisverfahren	141
I.	Beweislast	141
II.	Beweismittel	142
III.	Beweisverfahren	142
IV.	Beweiswürdigung	144
§ 27	Entscheidungsverfahren	145
I.	Kognitionsbefugnis der Aufsichtsbehörden	145
II.	Arten der Beschwerdeentscheide	146
1.	Prozessurteil	146
a)	Nichteintretensbeschluss	146
2.	Sachurteil	146
a)	Abschreibungsbeschluss	146
b)	Urteil	147
III.	Grundsätzlich reformatorische Wirkung der Beschwerde	147
IV.	Mitteilung des Entscheides	148
§ 28	Revision	150
6. Kapitel - § 29	Rekurs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde	152
7. Kapitel - § 30	Rekurs an das Bundesgericht	155
8. Kapitel - § 31	Regelung des Beschwerdeverfahrens de lege ferenda	156
I.	Regelung des Verfahrens vor Bundesgericht	156
II.	Regelung des Verfahrens vor den kantonalen Instanzen	159
1.	Kantonalrechtliche Regelung des Verfahrens	159
2.	Bundesrechtliche Regelung des Verfahrens	160

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG zum SchKG	Ausführungsgesetz zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs
Aufl.	Auflage
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
B1SchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934.
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
GT	Gebührentarif zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971 / 18. Dezember 1975
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 7. Dezember 1975
lit.	litera
N	Note
nF	Neue Folge
Nr.	Nummer
OA	Anweisung des Obergerichts des Kantons Zürich zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs sowie zum Gebührentarif vom 11. Februar 1952
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943

OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1938
Pr.	Praxis des Bundesgerichts (Basel)
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Sten Bull. NR	Stenographisches Bulletin des Nationalrates
Sten Bull. StR	Stenographisches Bulletin des Ständerates
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess (Zivil- prozessordnung) vom 13. Juni 1976 (Kanton Zürich)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Literaturverzeichnis

- Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Band 1 und 2, Neuchâtel 1967.
- Bachmann, Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, ZSR nF 20 (1901) S. 542 ff.
- Balmer Fritz, Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, ZSR nF 88 (1969) 2. Halbband S. 293 ff.
- Bauhofer A., Ueber das Verhältnis von Beschwerdeführung und Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen, SJZ 19 (1922/23) S. 1 ff.
- Birchmeier W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950.
- Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.
- Büchi Alfred, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Band 1 Zürich 1975.
- Deggeller Otto, Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen an das Schweizerische Bundesgericht, Diss. Zürich 1923.
- Favre Antoine, Droit des poursuites, 3. Aufl. Freiburg 1974.
- Betreibungs- und Konkursämter, SJK Nr. 536.
 - Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, SJK Nr. 537.
 - Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, SJK Nr. 679.
- Favre/Steiner, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956.
- Fehr Otto, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1941.
- Fleiner Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977.
- Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs, 1. und 2. Halbband 2. Aufl. Zürich 1967/68.
- Verantwortlichkeit der Betreibungs- und Konkursbeamten, SJK Nr. 976.
- Giacometti Z., Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924.
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933.
- Grommé Alfred, Rechtsvorschlag und Beschwerde im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1966.

- Gstrein Hans, Das Kreisschreiben als Mittel der Bundesaufsicht, Diss. Zürich 1948.
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979.
- Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR nF 74 (1955) 1. Halbband S. 19 ff.
 - Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954.
 - Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR nF 80 (1961) 2. Halbband S. 1 ff.
- Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl. Zürich 1974.
- Häring Adolf, Die Anwendung zivilprozessualer Regeln im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren, Diss. Basel 1976.
- Hauser Willy und Robert, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. Zürich 1960 ff.
- Imboden Max, Nichtige Betreibungshandlungen, BlSchK 1944 S. 129 ff.
- Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band 1 5. Aufl. Basel/Stuttgart 1976.
- Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände 3. Aufl. Zürich 1911.
- Jaeger/Daeniker, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 - 45, Zürich 1947.
- Killer Albert, Betreibungsferien und Rechtsstillstand, BlSchK 1966 S. 1 ff.
- Kirchhofer Emil, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR nF 49 (1930) S. 1 ff.
- Kölz Alfred, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsverfahren, Diss. Zürich 1973.
- Konrad Franz, Die Ehefrau als Gläubigerin und Schuldnerin im Betreibungsverfahren, Diss. Zürich 1951.
- Kummer Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl. Bern 1978.
- Marti Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl. Basel/Stuttgart 1978.
- Meier Isaak, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Band 2 Zürich 1977.
- Iura novit curia, Diss. Zürich 1975.
- Nägeli Elisabeth, Die Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815, Diss. Zürich 1920.
- Neuer Adolf, Die Oeffentlichkeit der zürcherischen Gerichte, Diss. Zürich 1946.

- Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973 (zit. Gesetzgebungslehre).
- Strafprozessrecht, (Vorlesungsskriptum) Zürich 1976.
- von Overbeck Alfred, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. Zürich 1940.
- Reich Werner A., Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Diss. Zürich 1973.
- Reichel Alexander, Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bern 1896.
- Rodi Bernhard, Mängel bei der Vollstreckung in bewegliche, körperliche Sachen und ihre betriebsrechtlichen Folgen nach schweizerischem und deutschem Betreibungsrecht, Diss. Zürich 1965.
- Schaad Peter, Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR nF 88 (1969) 2. Halbband S. 21. ff.
- Schwander Vital, Nichtige Betreibungshandlungen, BLSchK 1954 S. 1 ff.
- Schwarz Paul, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, ZSR nF 88 (1969) 2. Halbband S. 243 ff.
- Simond Fred-E., Rekurs an das Schweizerische Bundesgericht im Sinne von Art. 19 SchKG, SJK 627 - 629.
- Sorg Hans, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1953.
- Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976.
- Sträuli H./Hauser W., Kommentar zu den Gesetzen über die zürcherische Rechtspflege, Bd. II: Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. April 1913 (Zivilprozessordnung), 2. Aufl. Zürich 1939.
- Theiler O., Die Aktivlegitimation zur Beschwerdeführung bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, SJZ 23 (1926/27) S. 78 f.
- Tinner R., Das rechtliche Gehör, ZSR nF 83 (1964) 2. Halbband S. 295 ff.
- Walder Hans Ulrich, Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl. Zürich 1978 (zit. Tafeln).
- Tafeln zum Zivilprozessrecht, Ausgabe Kanton Zürich, Zürich 1976 (zit. Tafeln ZPR).
 - Die Officialmaxime, Zürich 1973 (zit. Officialmaxime).
 - Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Aufl. Zürich 1979.
 - Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966 (zit. Prozesserledigung).
 - Textausgabe des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, 10. Aufl. Zürich 1979 (zit. Textausgabe).

Weiss Bruno, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf
von Betreibungshandlungen, Diss. Zürich 1957.

Wespi Peter, Die Beschwerde in Grundbuchsachen, Diss.
Zürich 1937.

Ziegler A., Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und
Konkurssachen, SJZ 25 (1928/29) S. 49 ff.

Einleitung

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs¹ befasst sich in den Artikeln 17 - 21 mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde. Es bestimmt, dass Aufsichtsbehörden zu bestellen sind, die - sei es von Amtes wegen oder auf Beschwerde hin - für eine einheitliche und richtige Anwendung des Gesetzes zu sorgen haben².

Es bestimmt weiter, dass die Beschwerde sich gegen gesetzwidrige oder unangemessene Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter richtet³ und dass wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ebenfalls Beschwerde erhoben werden kann⁴. Es enthält jedoch praktisch keine Bestimmungen darüber, wie die Aufsichtsbehörden die Beschwerde zu behandeln haben oder was für ein Verfahren angewendet werden soll. Aus den wenigen Vorschriften prozessualer Natur⁵ lässt sich lediglich entnehmen, dass das Verfahren möglichst schnell durchgeführt werden soll⁶. Das Verfahren vor der Oberaufsichtsbehörde, dem Bundesgericht, wird durch das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege⁷ geregelt. Dieses Gesetz enthält auch einige wenige Bestimmungen betreffend

1. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG).

2. Favre, SJK 679, S. 1.

3. SchKG Art. 17 Abs. 1.

4. SchKG Art. 17 Abs. 3.

5. Vgl. SchKG Art. 20 und 239 Abs. 2, sowie Art. 17 Abs. 2 und 18 Abs. 1.

6. SJZ 22 S. 170 (31); Sorg, S. 55 Anm. 1; Deggeller, S. 95.

7. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG), Art. 75 - 82.

das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden⁸, doch reichen sie bei weitem nicht aus. Es ist somit Sache des kantonalen Rechts, dieses Verfahren zu ordnen⁹.

Eine solche prozessuale Ordnung besteht im Kanton Zürich jedoch nicht¹⁰. Die für das Beschwerdeverfahren massgebenden Grundsätze waren daher durch richterliche Rechtsfindung zu entwickeln¹¹. Die Praxis orientiert sich stark am zürcherischen Zivilprozess¹². Insbesondere werden die Bestimmungen über den Rekurs analog angewendet¹³.

Es ist das Ziel dieser Arbeit, zu prüfen, inwiefern zivilprozessuale Bestimmungen analog auf das Beschwerdeverfahren angewendet werden, wo eine analoge Anwendung sinnvoll erscheint und wo die Natur der Beschwerde eine solche verbietet. Die Untersuchung beschränkt sich grundsätzlich auf das Beschwerdeverfahren im Kanton Zürich und somit auf die analoge Anwendung des zürcherischen Zivilprozessrechts durch die unteren kantonalen Aufsichtsbehörden. Wo die Darstellung es erfordert, finden sich auch Hinweise auf das Rekursverfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde und vor dem Bundesgericht.

8. UG Art. 75 - 77.

9. Fritzsche, S. 48; Deggeller, S. 95; Sorg, S. 55; BGE 86 III 2; 82 III 149.

10. In der obergerichtlichen Anweisung zum SchKG vom 11. Februar 1952 befinden sich einige wenige Vorschriften (§ 22 - 25).

11. Hauser/Hauser, Anm. 5 lit. c Ziff. 5 zu § 35 (S. 168).

12. GVG § 109 Abs. 3 in Verbindung mit § 111.

13. ZR 59 91; 49 111; Sträuli/Messmer, Ingress N 2 zu § 271 ff.; Hauser/Hauser, Anm. 2 II Ziff. 3 b zu § 49 (S. 169).

1. Teil	Grundsätzliches zur Beschwerde
1. Kapitel	Die betreibungsrechtliche Beschwerde
§ 1	Begriff und rechtliche Natur
I.	Begriff

Die Beschwerde ist ein Rechtsmittel, mit welchem Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter durch Weiterzug an die Aufsichtsbehörden angefochten werden können ¹.

Sie kann jedoch nur dann erhoben werden, wenn das SchKG nicht den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt ². Der grundlegende Gedanke, der zu dieser Subsidiarität der Beschwerde führte, ist der, dass die materiellrechtlichen Fragen den Gerichten vorbehalten bleiben sollen, während den Betreibungs- und Konkursämtern die mit dem Vollstreckungsverfahren zusammenhängenden Fragen zugeteilt werden. Das SchKG führt diese Kompetenzverteilung jedoch nicht streng durch. So sind einerseits die Aufsichtsbehörden befugt, im Beschwerdeverfahren Vorfragen materiellrechtlicher Natur zu beurteilen ³, und andererseits sind auch diverse Begehren vollstreckungsrechtlicher Natur durch Klage geltend zu machen ⁴.

-
1. Vgl. Brüstlein, S. 13; ähnlich Blumenstein, S. 73; Fritzsche, S. 41.
 2. SchKG Art. 17 Abs. 1.
 3. Vgl. hinten § 17.
 4. Walder, (Tafeln) Tafel 3,2. Zu den Klagen, welche das Vollstreckungsverfahren betreffen, gehören das Begehren um Zulassung eines nachträglichen Rechtsvorschlages (SchKG Art. 77), das Rechtsöffnungsbegehren (SchKG Art. 80 - 82), das Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreuung (SchKG Art. 85), das Konkursbegehren (SchKG Art. 166/196), das Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (SchKG Art. 181), das Begehren um Widerruf des Konkurses (SchKG Art. 195/196), die Klage auf Feststellung neuen Vermögens (SchKG Art. 265 Abs. 3) und die Arrestaufhebungsklage (SchKG Art. 279 Abs. 2).

Daneben haben die Gerichte eine ganze Reihe Klagen vollstreckungsrechtlicher Natur zu beurteilen, die auf die materiellrechtlichen Verhältnisse Reflexwirkungen ausüben ⁵. Durch diese Doppelspurigkeit entstanden Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes brachte jedoch durch langjährige Rechtsprechung weitgehend Klarheit in die Kompetenzausscheidung zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten ⁶.

Der Begriff Beschwerde ist abzugrenzen gegenüber dem Rechtsmittel, das gegen den Entscheid der Aufsichtsbehörden erhoben werden kann: dem Rekurs. Er kann sich gegen den Beschwerdeentscheid der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde richten und stellt eine Weiterziehung an die obere Aufsichtsbehörde dar, oder er richtet sich gegen einen Rekursentscheid der oberen Aufsichtsbehörde und zieht deren Entscheid weiter vor das Bundesgericht ⁷.

II. Rechtliche Natur

Die rechtliche Natur der Beschwerde ist umstritten ⁸. Eine Gruppe von Autoren erblickt in der Tätigkeit der Betreibungs- und Konkursämter vor allem diejenige eines Richters. Sie betrachtet daher die Beschwerde als ein zivilprozessuales Rechtsmittel ⁹. Eine andere Gruppe sieht in der Beschwerde ein administratives Rechtsmittel und begründet dies damit, dass die Betreibungs- und Konkursämter ausschliesslich Verwaltungstätigkeit ausüben ¹⁰.

5. Walder, (Tafeln) Tafel 3,3.

6. Fritzsche, S. 42; Deggeller, S. 15; Favre, SJK 537 S. 2.

7. Vgl. Blumenstein, S. 74.

8. Vgl. dazu die ähnlich gelagerte Problematik bei der Beschwerde in Grundbuchsachen: Wespi, S. 6 ff.

9. v. Salis, ZSR nF 12 (1893) S. 614; Guldener, (Zwangsvollstreckung und Zivilprozess) ZSR nF 74 (1955) S. 24 Anm. 14; vgl. auch Sorg, S. 5 Anm. 1 für weitere Verfasser dieser Ansicht.

10. Brüstlein, S. 13; Blumenstein, S. 73; Favre, S. 11; Sorg, S. 5.

Eine dritte Gruppe spricht den Vollstreckungsämtern sowohl verwaltungsrechtliche als auch richterliche Funktionen zu und bezeichnet daher die Beschwerde als ein Rechtsmittel sui generis ¹¹.

In materieller Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Vollstreckungsbeamten sowohl mit Fragen zivilprozessualer als auch verwaltungsrechtlicher Natur in Berührung kommen, dass sie, mit andern Worten, sowohl richterliche als auch administrative Funktionen zu übernehmen haben ¹². Daher lässt sich die betreibungsrechtliche Beschwerde weder dem einen noch dem andern Rechtsgebiet vollständig zuordnen. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Beschwerde nur in jenen Fällen zulässt, in denen er nicht eine gerichtliche Klage vorschreibt, lässt m. E. noch nicht den Schluss zu, dass die Beschwerde rein verwaltungsrechtlicher Natur sei ¹³. Nicht umsonst bereitet die Abgrenzung zwischen Klage und Beschwerde erhebliche Schwierigkeiten, da Fragen des materiellen Rechts und solche des Prozessrechts oft eng ineinander verflochten sind. Dies hat zur Folge, dass bei der Zuteilung zum materiellen Recht oder zum Prozessrecht nur der Schwerpunkt den Ausschlag gibt. So haben wir schon vorne festgestellt, dass die Klage nicht ausschliesslich zur Durchsetzung des materiellen Rechts dient, sondern dass es auch Klagen gibt, die das Vollstreckungsverfahren betreffen ^{14, 15}.

-
11. Fritzsche, S. 50; Deggeller, S. 22; Nägeli, S. 95/96.
 12. Blumenstein, S. 41; Jaeger, N 1B zu Art. 2; Deggeller, S. 22; Sorg, S. 4: "Sofern der angefochtene Betreibungsakt an einer Gesetzeswidrigkeit leidet und diese durch Beschwerde geltend gemacht wird, die Aufsichtsbehörden also den Akt auf seine Gesetzmässigkeit überprüfen, so stellt die Verwaltungsrechtspflege der Beschwerdeinstanzen Rechtskontrolle dar. Da die Aufsichtsbehörden in diesem Fall über eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden haben, üben sie folglich materiell Rechtsprechung (...) aus."
 13. A.M. Blumenstein, S. 73; Sorg S. 5.
 14. Vgl. vorn Anm. 4.
 15. Vgl. die bei Deggeller, S. 22 und Favre, SJK 537 S. 2 angeführten Beispiele.

Dasselbe gilt - mutatis mutandis - auch für die Beschwerde.

Die Aussage, dass die Beschwerde ein rein verwaltungsrechtliches Mittel zur Durchsetzung vollstreckungsrechtlicher Normen sei, gilt ebensowenig absolut wie jene, dass die Klage ein rein zivilprozessuales Mittel zur Durchsetzung materiellrechtlicher Normen sei.

Bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Beschwerde in formeller Hinsicht ist von der Behörde auszugehen, die die angefochtene Verfügung erlassen hat. Organisatorisch unterscheiden sich die Vollstreckungsämter von den Gerichten dadurch, dass sie in ihrer Tätigkeit nicht unabhängig, sondern an die Weisungen der Aufsichtsbehörden gebunden sind. Es besteht somit ein Subordinationsverhältnis ¹⁶. Dies deutet darauf hin, dass die Vollstreckungsämter den Verwaltungsbehörden zuzuordnen sind ¹⁷. Dagegen spricht jedoch die Tatsache, dass die Betreibungs- und Konkursämter grundsätzlich nur auf Anstoss einer Partei hin tätig werden ¹⁸. Es liegt hier wiederum ein zivilprozessuales Element vor. Dieses wiegt jedoch nicht so schwer, dass daher den Vollstreckungsämtern die Eigenschaft, Verwaltungsbehörden zu sein, abgesprochen werden müsste. Denn auch im Verwaltungsrecht kommen Verfügungen vor, die nur auf Begehren des Betroffenen erlassen werden, so beispielsweise Polizeibewilligungen ¹⁹ und Konzessionen ^{20, 21}.

16. Sorg, S. 13; anders im Zivilprozess: Guldener, S. 4.

17. Vgl. Guldener, (Zwangsvollstreckung und Zivilprozess) ZSR nF 74 (1955) S. 25; Brüstlein, S. 11.

18. Z.B. durch das Betreibungs- oder Fortsetzungsbegehren.

19. Bsp.: Erteilung des Führerausweises.

20. Bsp.: Konzessionen auf dem Gebiet des Personentransportes.

21. Fleiner, S. 146 ff.; Sorg, S. 2.

Die Betreibungs- und Konkursämter sind somit Verwaltungsbehörden²² und ihre Tätigkeit Verwaltung im formellen Sinne. Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen könnte die Beschwerde, die sich gegen die Entscheide der Vollstreckungsämter richtet, durchaus als verwaltungsrechtliches Rechtsmittel angesprochen werden.

Fasst man diese Erwägungen zusammen, so kommt man zum Schluss, dass die Beschwerde wohl in formeller, nicht aber in materieller Hinsicht ein verwaltungsrechtliches Institut ist. Es ist somit - im Sinne diverser bundesgerichtlicher Entscheide²³ - festzuhalten, dass die Vorschriften des Betreibungsrechts über das Verfahren und die Organisation der Betreibungsbehörden wohl dem Verwaltungsrecht nahe stehen, aber trotzdem - wegen ihres zum Teil zivilprozessualen Charakters - nicht einfach dem Verwaltungsrecht zugeordnet werden können²⁴.

22. Guldener, (Zwangsvollstreckung und Zivilprozess) S. 25; Brüstlein, S. 11; Sorg, S. 2.

23. BGE 101 III 97; 101 III 12; 100 III 10; 96 III 98.

24. Fritzsche, S. 50; Deggeller, S. 22; Blumenstein, S. 41; Jaeger, N 1B zu Art. 2.

§ 2 Vergleich mit der verwaltungsrechtlichen Beschwerde und dem verwaltungsrechtlichen Rekurs im Kanton Zürich

Die Stellung der betriebsrechtlichen Beschwerde zwischen verwaltungsrechtlichem und zivilprozessualen Rechtsmittel drängt einen Vergleich mit diesen beiden Arten von Rechtsbehelfen auf, zumal keine gesetzliche Regelung des betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahrens besteht ¹ und diese Lücke durch analoge Anwendung des Zivilprozessrechts oder allenfalls des Verwaltungsrechts ² ausgefüllt werden muss.

I. Vergleich mit der verwaltungsrechtlichen Beschwerde

Die Verwaltungsrechtspflege lässt sich unterteilen in die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das Rechtsmittel der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege - die durch eine Verwaltungsbehörde ausgeübt wird - ist im Kanton Zürich der Rekurs ³. Das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbarkeit - die sich vor einem Gericht ⁴ abspielt - ist die Beschwerde.

1. Vgl. vorn Einleitung.

2. Im Kanton Zürich kann insbesondere das Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG) vom 24. Mai 1959 herangezogen werden.

3. VRG § 41 ff.

4. VRG § 35 Abs. 1.

1. Die am Verfahren beteiligten Personen, Aemter und Gerichte

Zur Diskussion steht die nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, d.h. die Weiterziehung eines Entscheides einer Behörde oder eines Amtes mit einem Rechtsmittel - der Beschwerde - vor ein Gericht. Die zürcherische Beschwerde richtet sich gegen Entscheide der Baurekurskommissionen, der Direktionen des Regierungsrates oder gegen Beschlüsse des Regierungsrates⁵. Beschwerdeinstanz ist das Verwaltungsgericht. Zur Beschwerde legitimiert sind die vom Entscheid Betroffenen⁶.

Die betreibungsrechtliche Beschwerde richtet sich gegen Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes. Beschwerdeinstanz ist hier die untere Aufsichtsbehörde. Betraut mit dieser Aufgabe ist das zuständige Bezirksgericht. Diesem kommt in der Funktion als Aufsichtsbehörde jedoch nicht die Unabhängigkeit zu, die dem Verwaltungsgericht eigen ist⁷. Es ist an die Weisungen der oberen Aufsichtsbehörde gebunden⁸. Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Person, deren rechtlich geschütztes Interesse durch die Verfügung oder Unterlassung eines Vollstreckungsorgans verletzt oder gefährdet ist⁹.

Das verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren ist ein Einparteienprozess¹⁰, d.h. dass am Prozess nicht zwei Parteien, sondern eine Partei - der Beschwerdeführer - und das beklagte Amt beteiligt sind.

5. VRG § 47 lit. a - c.

6. VRG § 48 Abs. 2, analog § 19 Abs. 2; es kann also auch ein Dritter von dem Entscheid betroffen sein.

7. VRG § 35 Abs. 1.

8. Vgl. vorn § 1 II.

9. Favre, SJK 679 S. 2; Fritzsche, S. 43.

10. Fehr, S. 328; Sorg, S. 59.

- . . -

Das beschwerdebeklagte Amt ist jedoch nicht Partei im Sinne des Zivilprozesses; es ist der Partei übergeordnet und nicht gleichberechtigt wie die Parteien im Zivilprozess ¹¹. Das beklagte Amt verteidigt keine subjektiven Interessen, sondern es hat die Aufgabe, das objektive Recht zu verwirklichen ¹². Es ist nur in formellem Sinne Partei ¹³.

Umstritten ist die Frage, wer bei der betriebsrechtlichen Beschwerde Partei ist. Sorg ¹⁴ ist der Ansicht, dass das betriebsrechtliche Beschwerdeverfahren nur ein Anfechtungsprozess sei, da es um die Beurteilung einer Streitfrage zwischen Bürger und Obrigkeit gehe. Er schliesst daraus, dass es sich um einen einseitigen Parteiprozess handle, in dem der Beschwerdeführer Partei sei. Dem beklagten Amt spricht er nur formell Parteieigenschaft zu, da es im Verhältnis zum Beschwerdeführer als persona superior erscheine. Den Beschwerdegegner qualifiziert er ebenfalls nicht als Partei im Sinne des Zivilprozesses. Wohl anerkennt er, dass der Beschwerdegegner ein wesentliches Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens haben kann, trotzdem spricht er ihm keine eigentliche Parteistellung zu, da die vermögensrechtlichen Ansprüche im Verfahren vor den Aufsichtsbehörden in keiner Weise zur Diskussion stehen.

11. Guldener, S. 32; derselbe, S. 50: "Zivilprozess ist das einzelne konkrete Verfahren vor einem Zivilgericht, in welches zwei Parteien einbezogen sind und welches auf autoritative Festlegung von Bestand und Inhalt der Rechtsbeziehungen der Parteien abzieht."

12. Kirchhofer, ZSR nF 49 (1930) S. 5.

13. Giacometti, (Verfassungsgerichtsbarkeit) S. 183.

14. Sorg, S. 58 ff.

Er betrachtet den Beschwerdegegner ebenfalls als Partei im formellen Sinn ¹⁵. Auf Grund dieser Ueberlegungen kommt er zum Schluss, dass das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren nur als ein zweiseitiger Parteiprozess in einem formellen Sinn erscheine ¹⁶.

Guldener ¹⁷ vertritt die Auffassung, dass das Beschwerdeverfahren wegen Rechtsverletzung oder Unangemessenheit in SchKG-Sachen ein Zweiparteienverfahren sei, in das Gläubiger und Schuldner einbezogen seien ¹⁸. E contrario ist zu schliessen, dass Guldener das Beschwerdeverfahren wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ebenfalls nicht als Zweiparteienverfahren betrachtet.

Unbestritten ist somit die Parteiqualität des Beschwerdeführers ¹⁹. Strebt man - wie Guldener - ein Zweiparteienverfahren nach dem Vorbild des Zivilprozesses an, so kann entweder das Amt oder der Beschwerdegegner als Partei bezeichnet werden.

15. Sorg, S. 61.

16. Sorg, S. 61. Ebenso im Verwaltungsrecht: "Das Verwaltungsrekursverfahren als Parteiverfahren ist also materiell in jedem Falle ein einseitiger Parteiprozess. Nur in einem uneigentlichen, formellen Sinne erscheint es als ein zweiseitiges Parteiverfahren." (Fehr, S. 329).

17. Guldener, (Zwangsvollstreckung und Zivilprozess) ZSR nF 74 (1955) S. 24 Anm. 14.

18. Passivlegitimiert ist jedoch nicht der Beschwerdegegner, sondern das beklagte Amt; von einem Zweiparteienverfahren im Sinne des Zivilprozesses kann daher nicht gesprochen werden. (Brüstlein, S. 15; Favre, SJK 679 S. 3; Blumenstein, S. 84; Sorg, S. 88).

19. Auch im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren kommt dem Beschwerdeführer Parteiqualität zu (vgl. vorn § 2 I.1.).

Betrachtet man den Beschwerdegegner formell als Partei ²⁰, besteht eine Frontstellung zwischen den zwei Vollstreckungsgegnern. Anerkennt man den Beschwerdegegner nicht als Partei, so fällt dem Amt die Rolle des Beklagten zu. In beiden Fällen zeigt sich die Tendenz, dem Beschwerdeführer eine zweite Partei entgegenzustellen. Beeinflusst durch das Zivilprozessrecht, wird ein Zweiparteienprozess angestrebt.

Diese Lösung wird m.E. jedoch der Eigenart des Beschwerdeverfahrens nicht gerecht. Vorzuziehen ist daher die Lösung von Sorg.

Unabhängig von der Art des Beschwerdegrundes richtet sich die Beschwerde immer gegen das Amt, das die angefochtene Verfügung erlassen hat. Es ist daher in jedem Fall passiv legitimiert ²¹. Neben das Betreibungs- oder Konkursamt tritt der Beschwerdegegner, und zwar in den Fällen, in denen er ein Interesse an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung hat - also insbesondere bei Beschwerden wegen Rechtsverletzung oder Unangemessenheit. In diesen Fällen muss berücksichtigt werden, dass das Interesse, welches der Schuldner an der Gutheissung seiner Beschwerde hat, auch beim Gläubiger - in entgegengesetztem Sinne - vorhanden ist.

-
20. Guldener betrachtet den Beschwerdegegner im Beschwerdeverfahren wegen Rechtsverletzung oder Unangemessenheit formell als Partei (Guldener, (Zwangsvollstreckung und Zivilprozess) ZSR nF 74 (1955) S. 24 Anm. 14).
21. Brüstlein, S. 15; Favre, SJK 679, S. 3; Blumenstein, S. 84. Das Amt ist jedoch nur Partei in formellem Sinne. Denn Parteien im Sinne des Zivilprozesses sind nur jene Personen, von welchen oder gegen welche der Rechtsschutz unter ihrem eigenen Namen verlangt wird (Walder, S. 123). Dies trifft auf das Amt jedoch nicht zu. Es tritt nur für die Aufrechterhaltung seiner Verfügungen auf und verteidigt nicht seine Individualinteressen.

Das Interesse des Amtes an der Aufrechterhaltung seiner Verfügung tritt demgegenüber durchaus zurück²². Auch ist es der Beschwerdegegner, der zum Weiterzug des Entscheides berechtigt ist und nicht etwa das beklagte Amt²³. Er ist im allgemeinen auch berechtigt, die gleichen Parteivorkehren zu treffen, wie der Beschwerdeführer selbst²⁴. Man kommt daher nicht umhin, auch dem Beschwerdegegner eine parteiähnliche Stellung zuzusprechen²⁵.

Es ist somit festzuhalten, dass sowohl im verwaltungsrechtlichen als auch im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren dem Beschwerdeführer ein Amt²⁶ gegenübersteht. Im Beschwerdeverfahren nach SchKG tritt jedoch regelmässig neben das Amt noch der Beschwerdegegner. Eine solche Konstellation ist auch im Verwaltungsgerichtsverfahren möglich, aber nicht der Normalfall²⁷.

22. Ziegler, SJZ 25 S. 52.

23. "Als Konkursverwaltung hat das Konkursamt die Interessen der Masse zu wahren. Es ist daher legitimiert, den diese Interessen berührenden Entscheid der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde im Namen der Masse an das Bundesgericht weiterzuziehen." (BGE 97 III 96). Der Beamte des betreffenden Amtes ist nur dann zum Weiterzug berechtigt, wenn seine persönlichen Interessen auf dem Spiele stehen (Favre, SJK 679 S. 6).

24. Sorg, S. 61.

25. Für den Beschwerdegegner besteht auch ein Anspruch auf rechtliches Gehör; insbesondere besteht ein Recht zur Entgegnung und Stellungnahme (BGE 101 III 68 = Pr 64 Nr. 273). Seine Vernehmlassung hat prozessual die Bedeutung einer Beschwerdeantwort und entspricht funktionell der Klageantwort im Zivilprozess (Sorg, S. 90).

26. Das Betreibungs- oder Konkursamt tritt nicht als Partei auf, sondern in seiner amtlichen Eigenschaft; d.h. es ist nur formell Partei (BGE 100 III 63).

27. Kirchhofer, ZSR nF 49 (1930) S. 29; Giacometti, S. 183; Marti, N 24 und 27.

2. Grundsätzliches zum Verfahren

"Nach der deutschen Theorie der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind die Verwaltungsgerichte gerichtsähnliche Behörden innerhalb der Verwaltung, die mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet, über Verwaltungsstreitigkeiten in einem dem Zivilprozess nachgebildeten Verfahren entscheiden²⁸." Es besteht daher eine nahe Verwandtschaft zwischen dem Beschwerdeverfahren im Verwaltungsrecht und jenem im Vollstreckungsrecht. Beide Verfahren sind stark vom Zivilprozess beeinflusst²⁹.

Die Nähe des betriebsrechtlichen zum verwaltungsrechtlichen Verfahren zeigt sich beispielsweise darin, dass in beiden Verfahren die Offizialmaxime gilt³⁰. Des weiteren handelt es sich in beiden Fällen grundsätzlich um schriftliche Verfahren³¹. Andererseits bestehen auch Gegensätze, so z.B. in Bezug auf den Suspensiveffekt. Die Beschwerde gemäss SchKG ist prinzipiell kein suspensives Rechtsmittel³², wohl aber die Verwaltungsgerichtsbeschwerde³³.

28. Kirchhofer, ZSR nF 49 (1930) S. 5.

29. Vgl. hinten 2. Teil; Walder, S. 12; Kölz, S. 80 und 92; VRG § 60.

30. VRG § 60; Sorg, S. 47.

31. ZR 59 91; 49 111; VRG § 58; Anweisung des Obergerichts des Kantons Zürich zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs sowie zum Gebührentarif vom 11. Februar 1952 § 22 - 25.

32. SchKG Art. 36; Sorg, S. 85.

33. VRG § 55; Kölz, S. 40.

Was die Kosten anbelangt, bestehen ebenfalls Unterschiede. Die betreibungsrechtliche Beschwerde ist grundsätzlich unentgeltlich ³⁴, während die Verwaltungsbehörden für ihre Amtshandlungen Gebühren und Kosten auferlegen können ³⁵.

II. Vergleich mit dem verwaltungsrechtlichen Rekurs

Grundsätzlich kann auf die bei der verwaltungsrechtlichen Beschwerde gemachten Ausführungen verwiesen werden ³⁶. Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als die beurteilende Behörde beim Rekurs eine Verwaltungsbehörde ist und nicht ein unabhängiges Gericht ³⁷. Daher besitzt der Rekurs eine noch grössere Aehnlichkeit mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde.

34. Gebührentarif Art. 67 Abs. 2; Fritzsche, S. 50.

35. VRG § 13 Abs. 1.

36. Vgl. vorn § 2 I.; die allgemeinen Vorschriften von VRG § 5 ff. gelten für die Beschwerde und den Rekurs.

37. Vgl. vorn § 2 I.1.

§ 3 Vergleich mit dem Rekurs des Zürcherischen Zivilprozesses

I. Die am Verfahren beteiligten Personen, Aemter und Gerichte

"Zivilprozess ist das einzelne konkrete Verfahren vor einem Zivilgericht, in welches zwei Parteien einbezogen sind und welches auf autoritative Festlegung von Bestand und Inhalt der Rechtsbeziehungen der Parteien abzieht" ¹. Aus dieser Definition ist zu entnehmen, dass der Zivilprozess die Beziehungen zwischen zwei Parteien regelt. Charakteristisch für den Zivilprozess ist das Zweiparteiensystem ². Auch bei mehr als zwei am Prozess beteiligten Personen liegt immer eine Frontstellung vor. Jede dieser Personen hat sich auf die Seite einer Partei - sei es Kläger oder Beklagter - zu stellen ³. Bei der betreibungsrechtlichen Beschwerde ist die Situation - wie vorne ⁴ dargestellt - etwas anders. Dort steht die den Entscheid anfechtende Partei der durch die Behörde vertretenen öffentlichen Gewalt gegenüber. Der Beschwerdegegner tritt allenfalls neben die Behörde.

Die Beurteilung erfolgt im Zivilprozess durch ein Gericht, das sich durch seine Unabhängigkeit von der Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren unterscheidet. Während es im Zivilprozess um die Festlegung von Bestand und Inhalt der Rechtsbeziehungen der Parteien geht, haben die Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren das objektive Recht im Einzelfall anzuwenden.

1. Guldener, S. 50.

2. Walder, S. 5; Guldener, S. 32.

3. Walder, S. 6.

4. Vgl. vorn § 2 I.1.

Sie haben sich nicht über Bestand oder Nichtbestand von subjektiven Rechten auszusprechen. Daher ist das Beschwerdeverfahren nur formell ein Zweiparteienprozess ⁵.

II. Grundsätzliches zum Verfahren

Die bezüglich der an den Verfahren beteiligten Personen, Aemter und Gerichte bestehenden wesentlichen Unterschiede zwischen Zivilprozess und Beschwerdeverfahren zeigen, dass sich die Normen des erstinstanzlichen Zivilprozesses nicht unbedingt zur analogen Anwendung auf das Beschwerdeverfahren eignen. Wie in zahlreichen Fällen des Verwaltungsprozesses geht der betreibungsrechtlichen Beschwerde kein erstinstanzliches Hauptverfahren voraus. Trotzdem hat die Beschwerde gegenüber den Verfügungen der Konkurs- und Betreibungsämter die Funktion eines ordentlichen Rechtsmittels ⁶, und das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde erhält die Form eines Rechtsmittelverfahrens, in dem sich Partei und Amt gegenüberstehen ⁷. Es liegt deshalb nahe, sie den Vorschriften zu unterstellen, welche für die ordentlichen Rechtsmittel im Zivilprozess gelten ⁸.

Es kommen somit die Bestimmungen über die Berufung oder den Rekurs in Frage. Die Normen, die den Rekurs regeln, sind für eine analoge Anwendung auf die Beschwerde geeigneter.

5. Guldener, S. 50; Sorg, S. 59.

6. Hauser/Hauser, Anm. 2 II. 3. b zu § 49 (S. 169).

7. Ähnlich ist es in den Fällen der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Vgl. Walder, S. 12).

8. Sorg, S. 55 f.; Sträuli/Messmer, Ingress N 2 zu § 271 ff.; Hauser/Hauser, Anm. 2 II. 3. b zu § 49 (S. 169); SJZ 47 S. 362 (132); ZR 59 91; 49 111; 25 89; BLSchK 1970 S. 49; 1977 S. 172.

- . -

Mit dem Rekurs können gewisse prozessleitende Entscheide⁹ angefochten werden, während die Berufung sich stets gegen ein Urteil richtet, das nach Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens ergangen ist. Da die Bestimmungen des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, des typischen Zweiparteienprozesses, sich nicht zur analogen Anwendung eignen¹⁰, muss dies auch für die Bestimmungen gelten, welche die Berufung regeln. Dies deshalb, weil die Berufung ein so umfassendes Rechtsmittel ist, dass das Verfahren vor der zweiten Instanz nicht nur ein Rechtsmittelverfahren ist, sondern eine eigentliche Fortsetzung des Prozesses in der zweiten Instanz¹¹. Dagegen lässt sich die Situation nach Erlass eines prozessleitenden Entscheides mit jener nach Erlass einer Verfügung durch ein Vollstreckungsamt vergleichen. Der Rekurs richtet sich in diesem Fall materiell nicht gegen die gegnerische Partei, obwohl sich im Rekursverfahren wieder die zwei Parteien gegenüberstehen, sondern gegen das Gericht, das den prozessleitenden Entscheid erlassen hat^{12, 13}. Die Aehnlichkeit zum Beschwerdeverfahren, wo sich Amt und Partei gegenüberstehen, sticht ins Auge.

9. ZPO § 271 Ziff. 5. "Das eigentliche Anwendungsgebiet des Rekurses ist die Anfechtung prozessleitender Entscheidungen." (Guldener, S. 515).

10. Vgl. vorn § 3 I. und II. am Anfang.

11. Insbesondere die Zulassung neuer tatsächlicher Behauptungen vor der zweiten Instanz (ZPO § 267) machen die Berufung zu einem so umfassenden Rechtsmittel (Walder, S. 430).

12. So entscheidet z.B. das Gericht auf Grund seiner Kompetenz - Kompetenz über seine Zuständigkeit oder es verweigert in einem prozessleitenden Entscheid die unentgeltliche Prozessführung. Diese Entscheide haben eine grosse Aehnlichkeit mit den Verfügungen der Vollstreckungsbehörden, da sie nicht eigentlich Gegenstand des Rechtsstreites zwischen den Parteien sind - allenfalls handelt es sich um einen Akt der Justizverwaltung (vgl. Anm. 13) - obwohl sie dessen Ausgang natürlich beeinflussen.

13. ZR 55 106: "Die Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist nicht ein Akt der Rechtsprechung, sondern der Justizverwaltung."

2. Kapitel Die Betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden

§ 4 Die Organisation der Aufsichtsbehörden

I. Die erste Instanz

"Zur Ueberwachung der Betreibungs- und Konkursämter hat jeder Kanton eine Aufsichtsbehörde zu bezeichnen. Die Kantone können überdies für einen oder mehrere Kreise untere Aufsichtsbehörden bestellen" ¹. Der Kanton Zürich hat von dieser Möglichkeit, einen innerkantonalen Instanzenzug einzurichten, Gebrauch gemacht. So bestimmt das Ausführungsgesetz zum SchKG, dass die Bezirksgerichte die erstinstanzlichen Aufsichtsbehörden für die Betreibungs- und Konkursämter ihrer Bezirke sind ². Gemäss GVG ist das Gericht in der Regel mit fünf Mitgliedern zu besetzen. Beschlussfähig ist es aber schon, wenn drei Mitglieder anwesend sind ³.

II. Die zweite Instanz

Die zweite Instanz ist das Obergericht. Ihm steht die Oberaufsicht über die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons zu ⁴.

1. Art. 13 SchKG.

2. Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 27. Mai 1913 (OS 29 S. 608 ff.); ZG 6 S. 589; vgl. GVG § 107.

3. § 30 GVG; In Zürich, Winterthur, Meilen, Hinwil, Uster, Bülach und Horgen bestehen ständige Abteilungen zu drei Mitgliedern. (vgl. Rech B ObG 1978 S. 231 ff.). Eine Spezialisierung der Abteilungen wie beim Obergericht besteht - ausser beim Bezirksgericht Zürich, wo die I. Abteilung Beschwerdeinstanz ist - nicht (Hauser/Hauser, Anm. 2 zu § 36). "In dringenden Fällen verfügt der Gerichtsvorstand unter Vorbehalt nachheriger Genehmigung durch das Gericht." § 11 AG zum SchKG.

4. § 11 Abs. 2 AG zum SchKG.

Funktionell zuständig ist die II. Zivilkammer, die zur Behandlung der einzelnen Geschäfte mit drei Richtern besetzt wird ⁵.

Die Bezirksgerichte und das Obergericht haben sich in den Fällen, in welchen sie als Aufsichtsbehörden handeln, als untere beziehungsweise obere Aufsichtsbehörde zu bezeichnen ⁶. Dies ist notwendig, weil den betreffenden Behörden verschiedene Funktionen zukommen. So kann festgestellt werden, wann sie als Aufsichtsbehörden und wann als Gerichte tätig geworden sind.

III. Das Bundesgericht als Obergerichtsbehörde

Das Bundesgericht übt die Obergerichtsüberwachung über das Schuldbeitreibungs- und Konkurswesen aus und sorgt für die einheitliche Anwendung des SchKG ⁷. Zuständig ist die Schuldbeitreibungs- und Konkurskammer, die mit drei Mitgliedern besetzt ist. Diese Gerichtsabteilung wird jeweils für die Dauer von zwei Jahren bestellt ⁸. Für die gleiche Dauer wird der Abteilungspräsident ernannt ⁹.

5. § 41 Abs. 3 GVG; Walder, S. 64 Anm. 75; Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 30. Juni 1976 (LS 46 S. 342 ff.) § 2 lit. n.

6. Vgl. Art. 75 Abs. 1 OG.

7. Art. 15 Abs. 1 SchKG.

8. Art. 12 Abs. 1 OG.

9. Art. 13 Abs. 1 OG.

§ 5 Die Funktionen der Aufsichtsbehörden

Nicht alle im Vollstreckungsverfahren tätig werdenden Behörden unterstehen den Aufsichtsorganen, sondern nur jene Instanzen der Zwangsvollstreckung, deren Massnahmen an sich beschwerdefähig sind. Dazu zählen die Betreibungs- und Konkursämter, die amtliche und private Konkursverwaltung, die Gläubigerversammlung, der Gläubigerausschuss, der Vermögensliquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, das Büro der Gläubigerversammlung und der Sachwalter im Nachlassverfahren¹. Die Kontrolle der Aufsichtsbehörden erstreckt sich beispielsweise nicht auf die richterlichen Behörden, Arrest-, Ausweisungs- und Nachlassbehörden^{2,3}.

Den kantonalen Aufsichtsbehörden kommen grundsätzlich drei verschiedene Funktionen zu: sie sind Beschwerde-, Disziplinar- und Aufsichtsinstanzen⁴.

-
1. Deggeller, S. 33; Blumenstein, S. 64; Sorg, S. 7; Favre, SJK 679 S. 3; vgl. hinten § 7 I.
 2. Sorg, S. 7.
 3. Die Tatsache, dass die Aufsicht über sämtliche Vollstreckungsbehörden nicht bei einer Behörde konzentriert ist, wird schon lange als Misstand empfunden. So fehlt es diesbezüglich nicht an Vorschlägen zur Vereinfachung des Schuldbetreibungsrechts (Brüstlein, ZSR nF 12 S. 617 ff.; Bachmann, ZSR nF 20, S. 542 ff.; Haab, ZSR nF 51 S. 254 f.; Grommé, S. 13).
 4. SchKG Art. 13, 14 und 17 ff.

Die Kompetenzen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes werden in Art. 15 Abs. 1 SchKG allgemein umschrieben. Sie werden im Folgenden entsprechend den Funktionen der kantonalen Behörden aufgeteilt und unter den betreffenden Titeln behandelt.

I. Die Beschwerdeinstanz

Die Kognition im Beschwerdeverfahren ist die umfangreichste Aufgabe der Aufsichtsbehörden. Sie ist durch die Art. 17 - 19 SchKG vorgeschrieben. Ein Entscheid der unteren Beschwerdeinstanz kann binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden⁵. Die kantonalen Beschwerdeinstanzen haben eine umfassende Kognitionsbefugnis. Sie haben die angefochtenen Verfügungen auf Gesetzmässigkeit und Angemessenheit zu überprüfen. Die Entscheide der oberen kantonalen Beschwerdeinstanz können ans Bundesgericht weitergezogen werden. Die Kognition der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer ist jedoch insofern eingeschränkt, als Verletzungen ausländischen oder kantonalen Rechts oder Unangemessenheit der Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden nicht mit Rekurs geltend gemacht werden können⁶. Das Beschwerdeverfahren wird im zweiten Teil dieser Arbeit ausführlich behandelt werden.

5. SchKG Art. 18.

6. Deggeller, S. 53; Favre, SJK 679 S. 7; Blumenstein, S. 77 ff.; SchKG Art. 19.

II. Die Disziplinarinstanz

Die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter üben staatliche Funktionen aus. Sie sind mit Zwangsgewalt ausgestattet. Das Gesetz sieht daher für die Beamten und Angestellten erhöhte Verantwortlichkeit vor. Sie kann - entsprechend der Verschiedenartigkeit der ungerechtfertigten Handlungen - verschieden sein. Es lassen sich folgende Verantwortlichkeiten unterscheiden ⁷:

- zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Sie beinhaltet das Entstehen für einen zivilrechtlichen Schaden, der durch die Handlungen eines Beamten entstanden ist.
- disziplinarische Verantwortlichkeit. Sie besteht dann, wenn ein Beamter seine Amtspflichten verletzt.
- strafrechtliche Verantwortlichkeit. Sie kommt dann zum Tragen, wenn der Beamte einen im StGB normierten Straftatbestand erfüllt hat.

Im Folgenden interessiert uns nur die disziplinarische Verantwortlichkeit, da die Aufsichtsbehörden nur zur Anordnung disziplinarischer Massnahmen befugt sind, während für die Beurteilung der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit die entsprechenden Gerichte zuständig sind.

Die Beamten und Angestellten der Vollstreckungsämter sind kantonale Funktionäre. Daher kommt der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes keine Disziplinargewalt zu. Diese wird durch die kantonalen Aufsichtsbehörden ausgeübt ⁸.

7. Vgl. Favre SJK 537, S. 3; Fritzsche, S. 33 ff., S. 39 f.; Brüstlein, S. 20 ff.

8. BGE 91 III 46 E 6; 90 III 25 E 4; 81 III 72; 79 III 154; 59 III 66; Brüstlein, S. 22; Walder, (Textausgabe des SchKG) Anm. 1 zu Art. 14; Sorg, S. 8.

Das Bundesrecht schreibt jedoch den kantonalen Aufsichtsbehörden vor, mit welchen Ordnungsstrafen die Beamten und Angestellten belegt werden können. Gemäss Art. 14 Abs. 2 SchKG sind dies:

- Rüge.
- Geldbusse bis Fr. 200.--.
- Amtseinstellung für die Dauer von höchstens sechs Monaten.
- Amtsentsetzung.

Die Bezirksgerichte als untere Disziplinarinstanzen ahnden erstinstanzlich Verstösse der Betreibungs- und Konkursbeamten. Sie sind indessen lediglich befugt, Verweise und Bussen auszusprechen⁹. Die Anordnung einschneidenderer disziplinarischer Massnahmen (Amtseinstellung und Amtsentsetzung) steht dagegen ausschliesslich dem Obergericht zu¹⁰. Dieses entscheidet letztinstanzlich über Disziplinarverfügungen. Im Falle einer Gesetzesverletzung, insbesondere wenn eine Strafe verhängt wurde, die das Gesetz gar nicht vorsieht, ist ein Rekurs ans Bundesgericht ausnahmsweise möglich¹¹.

III. Die Aufsichtsinstanz

1. Die Aufsichtsfunktionen der kantonalen Behörden

Das allgemeine Aufsichtsrecht¹² der Bezirksgerichte und

9. E contrario AG zum SchKG § 14 Abs. 1.

10. AG zum SchKG § 14 Abs. 1.

11. BGE 59 III 66; Favre, SJK 537, S. 3; Deggeller, S. 53 f.; vlg. zu dieser Frage die bei Sorg, S. 9 Anm. 21 angeführte Literatur.

12. Das allgemeine Aufsichtsrecht umfasst jene Tätigkeiten der Aufsichtsbehörden, die sie weder in ihrer Eigenschaft als Beschwerde- noch als Disziplinarinstanz ausüben. Das allgemeine Aufsichtsrecht umfasst auch die Aufsichtstätigkeit i.e.S., d.h. die Befugnis der Aufsichtsbehörden auch ohne Beschwerde bei Gesetzeswidrigkeit in ein konkretes Vollstreckungsverfahren einzugreifen. Vgl. Deggeller, S. 37; Blumenstein, S. 61.

des Obergerichts ergibt sich für SchKG-Sachen aus Art. 13 Abs. 1 SchKG¹³. Auf Grund dieses Rechts sind die kantonalen Aufsichtsbehörden befugt, Vorschriften über die Art und Weise der Amtsführung durch die Betreibungs- und Konkursämter zu erlassen. Die Dienstanweisungen können nicht nur genereller Natur sein, sondern sie können sich auch auf einen einzelnen konkreten Fall beziehen^{14,15}.

Ein weiteres Element der allgemeinen Aufsicht ist die Pflicht der Aufsichtsbehörden zur Vornahme von Inspektionen bei den Aemtern¹⁶. Gemäss § 12 des AG zum SchKG haben die Bezirksgerichte die Geschäftsführung der Betreibungsbeamten alljährlich wenigstens zweimal, diejenigen der Konkursbeamten wenigstens einmal durch Abordnungen mit oder ohne Zuziehung eines Notars, untersuchen zu lassen und über das Ergebnis der Untersuchung und die infolge derselben getroffenen Massnahmen dem Obergericht Bericht zu erstatten¹⁷. Dieses lässt ebenfalls die Geschäftsführung einzelner Aemter untersuchen. Des weitern ist es verpflichtet, die Kassen- und übrige Amtsführung sämtlicher Aemter durch ständige Beamte¹⁸ periodisch untersuchen zu lassen¹⁹.

13. Blumenstein, S. 64; Sorg, S. 10; Fritzsche, S. 39.

14. Favre, SJK 537 S. 2; Blumenstein, S. 64; Sorg, S. 11.

15. Dienstanweisungen genereller Natur ergehen in Form von Kreisschreiben (Favre, SJK 537 S. 2).

16. Diese Tätigkeit wird als technische Aufsichtsführung (Blumenstein, S. 66) bzw. betriebstechnische Aufsicht (Favre, SJK 537 S. 2) bezeichnet.

17. Die Aufsichtstätigkeit erfährt eine weitere Regelung durch die §§ 18 ff. der Aufsichtsverordnung.

18. Diese Aufgabe übernehmen die Notariats- und Betreibungsinspektoren (Aufsichtsverordnung § 20).

19. AG zum SchKG § 13 Abs. 1.

Nach ständiger Rechtsprechung - eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht nicht - verleiht Art. 13 SchKG den kantonalen Aufsichtsbehörden die Befugnis, von Amtes wegen Verfügungen der Vollstreckungsämter aufzuheben, die gegen absolut zwingende Vorschriften verstossen oder Interessen Dritter²⁰ oder der Oeffentlichkeit gefährden²¹. Es ist nicht erforderlich, dass gegen die betreffenden Verfügungen Beschwerde erhoben worden ist. Die Aufsichtsbehörden sind dabei auch nicht an irgendwelche Fristen gebunden. Sie können somit auch nach Ablauf der Beschwerdefrist eine Verfügung von Amtes wegen überprüfen, doch haben die Vollstreckungsparteien keinen Anspruch darauf²². Das Bundesgericht ist jedoch der Ansicht, die Rücknahme oder Abänderung sei nach Ablauf der Beschwerdefrist unzulässig, sofern die Betreibungshandlung nicht nichtig²³ sei²⁴.

-
20. Bauhofer vertritt die Ansicht, dass die Verletzung von im Interesse Dritter erlassener Vorschriften nicht gleichgestellt werden darf mit Verletzungen von zwingenden oder im öffentlichen Interesse aufgestellten Vorschriften, da sie nicht ein für allemal Nichtigkeit begründen (Bauhofer, Ueber das Verhältnis von Beschwerdeführung und Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen, SJZ 19 S. 3).
21. Hauser/Hauser, Anm. 5 lit. A zu § 35 (S. 89); BGE 79 III 5; 84 III 100.
22. Vgl. Guldener (Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz) S. 54 Anm. 168.
23. Zum Begriff der Nichtigkeit vgl. BGE 101 III 66 E 1; 97 III 20 E 2; 96 III 77 E 2; 96 III 33 E 2; 94 III 42 E 2.
24. BGE 89 IV 79 E 3,4; 81 III 5 E 1; 78 III 51; 79 III 9. Um die Jahrhundertwende forderte das Bundesgericht nicht unbedingt Nichtigkeit (z.B. BGE 31 I 739). Später kam es von dieser Differenzierung ab (vgl. Schwander, BLSchK 1954 S. 6). Im Entscheid BGE 101 III 45 vertrat es jedoch wieder die Ansicht, es sei für das Eingreifen der Aufsichtsbehörde nicht erforderlich, dass der Gläubigerbeschluss, mit dem die ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt worden sei, geradezu nichtig sei.

Folge dieser Rechtsprechung ist, dass die Nichtigkeitsgründe stark ausgedehnt wurden ²⁵. Damit eine Betreibungshandlung als nichtig bezeichnet werden kann, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Es muss eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegen, und es muss sich um eine schwerwiegende Gesetzesverletzung handeln ²⁶. Ob im Einzelfall Nichtigkeit vorliegt, muss anhand der konkreten Umstände entschieden werden. Das Abstellen auf eine allgemeine Formel genügt nicht ²⁷.

Es ist somit festzuhalten, dass die Nichtigkeit einer Betreibungshandlung jederzeit von Amtes wegen festgestellt werden kann - es sei denn, es bestehe daran kein berechtigtes Interesse ²⁸. Liegt eine fehlerhafte, jedoch nicht nichtige Betreibungshandlung vor, mit andern Worten ist die Verfügung nur anfechtbar, so kann dieser Mangel von den Betroffenen nur mittels Beschwerde geltend gemacht werden.

2. Die Aufsichtsfunktionen des Bundesgerichtes

Die Oberaufsicht des Bundesgerichtes ist in Art. 15 SchKG verankert. Abs. 1 umschreibt die Kompetenzen allgemein. Aus diesem Absatz wird das Recht der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, als Rekursinstanz im Beschwerderecht zu amten, abgeleitet ²⁹.

25. Vgl. Bauhofer, SJZ 19 S. 5; Guldener, (Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz) S. 54 Anm. 168.

26. Imboden (Nichtige Betreibungshandlungen) BLSchK 1944 S. 132; Schwander (Nichtige Betreibungshandlungen) BLSchK 1954 S. 7; Weiss, S. 19 ff.

27. Vgl. die reiche Kasuistik (Anm. 23); Sorg, S. 79.

28. Schwander, (Nichtige Betreibungshandlungen) BLSchK 1954 S. 12.

29. Vgl. vorn § 4 III.

Art. 15 Abs. 2 - 4 SchKG bilden nur durch den Gesetzgeber besonders hervorgehobene Anwendungsfälle der in Abs. 1 enthaltenen allgemeinen Kompetenz. Diese besonderen Kompetenzen sind hier noch zu behandeln.

Das Bundesgericht ist ermächtigt, die zur Vollziehung des SchKG erforderlichen Verordnungen und Reglemente zu erlassen³⁰. Von dieser Befugnis hat es ausgedehnten Gebrauch gemacht. Es hat nicht nur Vollziehungsvorschriften erlassen und Gesetzeslücken ausgefüllt. Nein, es ist noch weitergegangen und hat gewisse, den Verhältnissen nicht angemessene Vorschriften des SchKG verbessert. Die Verfassungsmässigkeit dieser von den gesetzlichen Normen abweichenden Verordnungsregeln ist umstritten. Favre³¹ und Fritzsche³² vertreten die Ansicht, dass diese Vorschriften kraft Gewohnheitsrechts ihre Geltung erlangt haben. Das Bundesgericht hat die Frage in BGE 88 III 44 angeschnitten, aber offen gelassen.

Die Verordnungen des Bundesgerichts werden auf Grund von Art. 15 Abs. 2 SchKG erlassen. Es handelt sich somit um unselbständige Verordnungen. Fleiner³³ vertritt die Ansicht, dass solche Verordnungen gesetzmässig sein müssen. Imboden/Rhinow³⁴ halten eine Gesetzesabändernde Verordnung zumindest für problematisch: "Man wird die Befugnis der Delegation formellen Gesetzesrechts bejahen (BGE 94 I 36), zugleich aber fordern müssen, dass sie sich in klarer Weise aus der Delegationsnorm ergibt (ZBl 1969 S. 380 = SGGVP 1968 Nr. 34 S. 89)"³⁵. Aus Art. 15 SchKG lässt sich eine solche klare Befugnis jedoch nicht entnehmen.

30. SchKG Art. 15 Abs. 2.

31. Favre, SJK 537 S. 4.

32. Fritzsche, S. 40.

33. Fleiner, (Grundzüge) S. 76; vgl. auch Imboden/Rhinow S. 50.

34. Imboden/Rhinow, S. 382.

35. Imboden/Rhinow, S. 382.

Ebenso problematisch ist die Auffassung Fritzsches und Favres³⁶ die Geltung der Gesetzesrecht derogierenden Verordnungen des Bundesgerichts auf dem Gebiet des SchKG auf Wohnheitsrecht abzustützen. Soweit eine Verordnung eine im SchKG bestehende, auszufüllende Lücke schliesst, kann sie, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, als Gesetzesergänzendes Wohnheitsrecht Geltung erlangen³⁷. Unzulässig ist jedoch die Bildung von Gesetzesrecht derogierendem Wohnheitsrecht³⁸, denn andernfalls könnte der Gesetzgeber vollständig überspielt werden. Es bestünde ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Grundordnung³⁹.

Neben der Kompetenz zum Erlass von Verordnungen und Reglementen ist das Gesamtgericht auch befugt, Kreisschreiben zu erlassen⁴⁰. Diese richten sich an die kantonalen Aufsichtsbehörden zuhanden ihrer untergeordneten Ämter und enthalten generelle Weisungen über die Behandlung gewisser unklarer Verfahrensfragen. Es handelt sich um Verwaltungsverordnungen⁴¹. Sie haben somit keine allgemeine Verbindlichkeit für jedermann, sondern richten sich nur an die internen Instanzen. Oft entfalten sie faktisch jedoch eine Aussenwirkung. Daher sollten sie veröffentlicht werden, damit ein Betroffener davon weiss. Auch sollte er sich - falls eine Aussenwirkung besteht - auf das Kreisschreiben berufen können⁴².

36. Vgl. Anm. 31 und 32.

37. Imboden/Rhinow, S. 45; BGE 96 V 51; 94 I 308 ff.; 98 Ia 600.

38. Fleiner, (Grundzüge) S. 73 f.; Imboden/Rhinow, S. 45.

39. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes scheint jedoch insofern angebracht, als eine langjährige Praxis, die vom Gesetze abweicht, gegenüber einem einzelnen Betroffenen nicht willkürlich abgeändert werden darf, wenn nicht der Wille besteht, die Praxis überhaupt aufzuheben (Fleiner, Grundzüge S. 74).

40. OG Art. 11 Abs. 1 lit. d.

41. Fritzsche, S. 41; Gstrein, S. 57 f.; Fleiner, (Grundzüge) S. 76; a.M. Favre, SJK 537 S. 4.

42. Ebenso Fleiner, (Grundzüge) S. 76.

Eine weitere im SchKG vorgesehene Möglichkeit der Bundesaufsicht ist das Recht, von den kantonalen Aufsichtsbehörden jährliche Berichte einzuholen ⁴³.

Oft nimmt das Bundesgericht auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens zu grundsätzlichen Fragen des Vollstreckungsrechts Stellung ⁴⁴. Zu einem solchen Bescheid ist das Bundesgericht auf Grund von Art. 15 SchKG und Art. 12 lit. c OG befugt ⁴⁵.

3. Abgrenzung Beschwerdeverfahren - Aufsichtsfunktion

Im Falle der Nichtigkeit betriebsrechtlicher Anordnungen überschneiden sich die Funktion der Aufsichtsbehörden als Rechtsmittelinstanz zu handeln und die Befugnis, nichtige Betreibungshandlungen von Amtes wegen aufzuheben. Während die Beschwerde hauptsächlich dazu dient, private Interessen zu schützen, ist es Aufgabe des Aufsichtsrechts i.e.S. öffentliche Interessen wahrzunehmen. Das öffentliche Interesse wird dann tangiert, wenn zwingende Normen verletzt werden. Ist dies der Fall, so sind die betreffenden Verfügungen nichtig ⁴⁶.

Ist die Verfügung nichtig, hat die Aufsichtsbehörde einzugreifen, ohne dass eine förmliche Beschwerde erhoben worden ist. Eine Anzeige genügt. Die formellen Anforderungen wie Rechtzeitigkeit, Substantiierung und Legitimation fallen weg. Trotzdem wird über eine solche Anzeige im ordentlichen Beschwerdeverfahren entschieden. Dies führt dazu, dass Unklarheiten darüber entstehen, wann eine Aufsichtsbehörde als Beschwerde- und wann als Aufsichtsinstanz eingreift. Dies führte zu heftiger Kritik in der Literatur ⁴⁷.

43. SchKG Art. 15 Abs. 3.

44. BGE 101 III 66 E 1; 99 III 62; 87 III 30 E 1.

45. BGE 87 III 30 E 1; Fritzsche, S. 41.

46. Vgl. zum Begriff Nichtigkeit Anm. 23.

47. Bauhofer, SJZ 19 S. 1 ff.; Deggeller, S. 37 ff.; Blumenstein, S. 86.

M.E. tut eine saubere Abgrenzung - zumindest in formeller Hinsicht - not. Es ist daher zu fordern, dass aus einem Entscheid klar hervorgeht, ob die Aufsichtsbehörde als Aufsichts- oder Beschwerdeinstanz gehandelt hat. In diesem Zusammenhang sollte sich jede Aufsichtsbehörde einer klaren Terminologie befleissigen und beispielsweise nur dann von Beschwerde sprechen, wenn tatsächlich eine solche vorliegt ⁴⁸.

Während die kantonalen Aufsichtsbehörden, denen die unmittelbare Aufsicht über die Betreibungs- und Konkursämter zusteht, auch ausserhalb eines Beschwerde- oder Rekursverfahrens von Amtes wegen eingreifen können, legte sich das Bundesgericht diesbezüglich Zurückhaltung auf. So entschied es in BGE 44 III 9 und 47 III 37, dass es nicht befugt sei, auf einen ungültigen Rekurs hin nichtige Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes von Amtes wegen aufzuheben. Diese Haltung stiess in der Literatur auf Kritik. So vertritt Bauhofer ⁴⁹ die Auffassung, der Wortlaut von Art. 15 SchKG schliesse ein Einschreiten des Bundesgerichtes von Amtes wegen im konkreten Falle keineswegs aus. Eine nichtige Verfügung eines Amtes sei auch vom Bundesgericht jederzeit als nichtig zu behandeln. Auch Deggeller kritisiert diese Haltung mit Recht ⁵⁰. Denn das Bundesgericht hat die öffentlichen Interessen ebenso wahrzunehmen wie die kantonalen Aufsichtsbehörden. In BGE 94 III 67 kam das Bundesgericht erneut auf dieses Problem zu sprechen. Es anerkannte darin, dass der seinerzeit aufgestellte Grundsatz, dass es nur auf eine gültige Weiterziehung hin in ein bestimmtes Verfahren eingreifen könne, in Uebereinstimmung mit den genannten Autoren, fallen gelassen werden müsse.

48. Ebenso Deggeller, S. 42; a.M. Sorg, S. 15.

49. Bauhofer, SJZ 19 S. 4 f.

50. Deggeller, S. 43.

Es änderte seine Auffassung somit dahingehend, dass es auch dann befugt sei, eine schlechthin nichtige Verfügung von Amtes wegen aufzuheben, wenn der betreffende Rekurs ungültig sei (z.B. wegen Verspätung). Einen Eingriff auf eine blossе Anzeige hin lehnte es jedoch ab. Dies begründete es damit, dass es mit einem geordneten Verfahren unvereinbar sei, der Entscheidung einer kantonalen Aufsichtsbehörde vorzugreifen. Diese Auffassung verdient grundsätzlich Zustimmung. Doch werden insofern Probleme auftreten, als es gilt, blossе Anzeigen von ungültigen Rekursen zu unterscheiden⁵¹. Es wäre daher zu begrüßen, wenn das Bundesgericht Rekursentscheide der letzten kantonalen Aufsichtsbehörden, auch auf blossе Anzeige hin, überprüfen würde. Die Gefahr eines Eingriffs in das kantonale Verfahren stünde dem nicht entgegen.

51. Aus BGE 94 III 67 muss entnommen werden, dass das Bundesgericht nur auf ungültige Rekurse, nicht aber z.B. auf blossе Anzeigen hin von Amtes wegen einschreiten will.

§ 6 Ausstand

Das Bundesrecht regelt in Art. 10 SchKG den Ausstand der Vollstreckungsbeamten und -angestellten. Für die Mitglieder der kantonalen Aufsichtsbehörden enthält es keine besondere Regelung. Das Bundesgericht hat daher in BGE 54 III 277 entschieden, dass die Ausstandsbestimmungen von Art. 10 SchKG auch auf sie anwendbar seien. Dies begründet es damit, dass die Aufsichtsbehörden unter Umständen in vollem Umfange an die Stelle der Vollstreckungsämter treten können (Art. 21 SchKG). Würde man die Mitglieder der kantonalen Aufsichtsbehörden anderen Ausstandsregeln unterstellen, so könnte dies dazu führen, dass ein Aufsichtsbehördenmitglied bei der Anordnung einer Handlung mitzuwirken berechtigt wäre, deren Vollzug es, wenn es selber Vollstreckungsbeamter wäre, nicht vornehmen dürfte oder umgekehrt ¹.

Dieser Entscheid hat zur Folge, dass im Kanton Zürich die Bezirksgerichte und das Obergericht, wenn sie als Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen amten, anderen Ausstandsregeln unterstellt sind, als wenn sie im Zivilprozess als Gerichtsinstanzen tätig werden. Die Vereinheitlichung innerhalb des Beschwerdeverfahrens geht hier also auf Kosten der Einheit innerhalb der Behörde. Diese Spaltung liesse sich nur dann vermeiden - unter Beibehaltung einheitlicher Ausstandsgründe für Vollstreckungsbeamte und Mitglieder der Aufsichtsbehörden - wenn diese alle den Ausstandsgründen des Zivilprozesses unterstellt würden. Das hätte jedoch wiederum zur Folge, dass in verschiedenen Kantonen verschiedene Ausstandsgründe gelten würden.

1. BGE 54 III 277; Fritzsche, S. 33; Sorg, S. 16; a.M. Blumenstein, S. 64.

M.E. würde dies jedoch nicht so schwer wiegen, da diese Situation ja bereits im Zivilprozess besteht. Der enge Zusammenhang zwischen Zivilprozess und Vollstreckungsrecht würde eine in dieser Richtung gehende Vereinheitlichung rechtfertigen. Solange die kantonalen Prozessrechte jedoch nicht vereinheitlicht sind, muss der eine (Spaltung innerhalb der Behörde) oder andere Nachteil (Spaltung innerhalb des Verfahrens) in Kauf genommen werden. Das SchKG sieht keine Ablehnungsgründe vor, wie sie z.B. im Kanton Zürich (§ 96 GVG) oder am Bundesgericht (Art. 23 OG) bestehen. Fritzsche nimmt dazu folgendermassen Stellung: "Im Gebiete des Betreibungsrechts hat sich anscheinend kein Bedürfnis nach erweiterten Ablehnungsgründen gezeigt. Wohl weil die Beamten in Zweifelsfällen selbst Zurückhaltung üben" ². M.E. sollte jedoch ein am Beschwerdeverfahren Beteiligter nicht auf das Wohlwollen der Mitglieder der Aufsichtsbehörde angewiesen sein. Eine diesbezügliche Angleichung des SchKG an das OG wäre daher wünschenswert. Eine solche Angleichung hätte auch zur Folge, dass für das ganze Beschwerdeverfahren von der ersten bis zur letzten Instanz die gleichen oder wenigstens ähnliche Ausstandsgründe gelten würden. Heute untersteht die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes den Vorschriften des OG ³ und nicht jenen des SchKG.

Die Einheit der Ausstandsgründe für das gesamte Beschwerdeverfahren könnte auch dadurch erreicht werden, dass die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer ebenfalls der Regelung des SchKG unterstellt würde. Dies könnte mit ähnlichen Argumenten gerechtfertigt werden, wie sie das Bundesgericht in BGE 54 III 277 für die Unterstellung der kantonalen Aufsichtsbehörden unter das Ausstandsrecht des SchKG verwendet hat.

2. Fritzsche, S. 33.

3. Deggeller, S. 32; OG Art. 22 ff.

Diese zweite Variante hätte jedoch zur Folge, dass für die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer andere Ausstandsgründe gelten würden als für das übrige Bundesgericht. Zu der heute bestehenden Spaltung innerhalb der kantonalen Behörden käme also noch jene im Bundesgericht hinzu.

De lege ferenda wäre - in Zusammenfassung der oben angestellten Erwägungen - folgendes anzustreben:

1. Unterstellung der Vollstreckungsbeamten und der Mitglieder der kantonalen Aufsichtsbehörden unter die im betreffenden Kanton geltende Regelung für den Zivilprozess.
2. Beibehaltung der Unterstellung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer unter die Vorschriften des OG.
3. Vereinheitlichung der kantonalen Zivilprozessordnungen unter Angleichung der Ausstandsregelung an jene des OG.

Auch wenn Punkt 3 - infolge der föderalistischen Struktur der Schweiz - in nächster Zeit kaum verwirklicht werden kann, so würden doch schon die ersten beiden Punkte eine gewisse Vereinfachung bringen.

2. TEIL Das Beschwerdeverfahren unter besonderer
Berücksichtigung der analogen Anwendung
zivilprozessualer Normen

1. Kapitel Allgemeine Voraussetzungen zur Beschwerde

§ 7 Die anfechtbaren Verfügungen

I. Die der Beschwerde unterstellten Behörden

Gemäss Art. 17 SchKG kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursamtes Beschwerde geführt werden, sofern dagegen keine gerichtliche Klage zulässig ist. Verfügungen der Hilfsorgane, wie Nachlass-, Exmissions- und Arrestbehörden ¹, sowie Anordnungen von solchen Behörden, welche überhaupt ausserhalb des Betreibungswesens stehen, sind nicht beschwerdefähig ². Die Verfügungen gewisser anderer Organe stellt das Gesetz jedoch ausdrücklich denjenigen der Betreibungs- und Konkursämter gleich:

- Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung gemäss Art. 239 Abs. 1 SchKG.
- Verfügungen einer von den Gläubigern gewählten ausseramtlichen Konkursverwaltung ³ gemäss Art. 241 SchKG.

1. Vgl. dazu ausdrücklich: Art. 279 Abs. 1 SchKG. Die Beschwerde ist jedoch zulässig, wenn es um die Vollziehung eines Arrestes durch den Vollstreckungsbeamten geht. BGE 91 III 33 E 1,2; Blumenstein, S. 76 Anm. 9; Deggeller, S. 14; Sorg, S. 24.

2. Blumenstein, S. 76.

3. Gegen Verfügungen des Konkursamtes in der Funktion einer amtlichen Konkursverwaltung ist die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG ebenfalls möglich. Es können nur eigentliche Vollstreckungshandlungen der Konkursverwaltungen angefochten werden, nicht dagegen Anordnungen bezüglich der von ihnen abzuschliessenden privatrechtlichen Verträge. Vgl. Blumenstein, S. 76 Anm. 11.

- Verfügungen des Sachwalters im Nachlassverfahren gemäss Art. 295 Abs. 3 SchKG ⁴.
- Verfügungen des Gläubigerausschusses im Nachlassverfahren gemäss Art. 316 e Abs. 2 SchKG.

Daneben hat die Praxis noch weitere Behörden der Beschwerde unterstellt:

- Beschlüsse der zweiten und der folgenden Gläubigerversammlungen ⁵. Fast einheitlich ⁶ ist die Literatur und Judikatur der Ansicht, dass die zweite Gläubigerversammlung über Fragen der Angemessenheit abschliessend zu befinden habe. Eine Anordnung der zweiten und auch der folgenden Gläubigerversammlungen kann somit nicht wegen Unangemessenheit angefochten werden.

4. Auch hier sind die Aufsichtsbehörden gemäss Art. 17 SchKG Beschwerdeinstanz und nicht etwa die Nachlassbehörden (Deggeller, S. 13; Blumenstein, S. 77 und 894; Sorg, S. 23). Obwohl in Art. 295 Abs. 3 SchKG nur Art. 17 zitiert wird, ist ein Weiterzug an die obere kantonale Aufsichtsbehörde und ans Bundesgericht möglich (Sorg, S. 23 und die dort in Anm. 38 angeführte Judikatur. Vgl. auch BGE 100 III 34).

5. Anstelle vieler: BGE 86 II 103; vgl. auch Jaeger N 4 zu Art. 17; Grommé, S. 23; Deggeller, S. 17; Favre, SJK 679 S. 3; Sorg, S. 22.

6. A.M. Grommé, S. 23.

- Beschlüsse des Gläubigerausschusses ⁷.

Die Praxis lässt auch hier eine Beschwerde nur zu, wenn sie sich gegen eine Rechtsverletzung richtet ⁸.

- Verfügungen des Vermögensliquidators beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ⁹.

Grundsätzlich kann gegen die Anordnungen der Liquidatoren gemäss Art. 316 e Abs. 2 SchKG beim Gläubigerausschuss Einspruch erhoben und erst gegen dessen Verfügung Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde geführt werden. Nach Art. 316 h Abs. 2 haben die Liquidatoren Art und Zeitpunkt der Verwertung im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss zu bestimmen. In diesem Falle unterliegen die Anordnungen der Liquidatoren unmittelbar der Beschwerde bei den Aufsichtsbehörden ¹⁰. Auch hier ist die Beschwerde nur wegen Rechtsverletzung zulässig.

- Verfügungen des Büros der Gläubigerversammlung über Zulassung oder Nichtzulassung eines Gläubigers, sofern dieser Entscheid die Beschlussfähigkeit der Versammlung oder das Ergebnis einer Abstimmung beeinflusst hat ¹¹.

7. BGE 83 III 120; Grommé, S. 24; Sorg, S. 22; Jaeger, N 4 zu Art. 17; Deggeller, S. 12; a.M. BGE 95 III 30 E b; Blumenstein, S. 739; wo die Auffassung vertreten wird, der Gläubigerausschuss treffe nach aussen keine wirksamen Verfügungen. Seine Beschlüsse würden von der Konkursverwaltung ausgeführt, so dass deren Verfügungen angefochten werden müssten. M.E. richtig Grommé, S. 24: "Diese Auffassung scheint mir nicht richtig zu sein, da ein Hinausschieben der Beschwerde bis zum Zeitpunkt, in welchem der Beschluss durch das auszuführende Organ verwirklicht wird, zu Zeitverlust und allen damit verbundenen Unzukömmlichkeiten führen würde."

8. Vgl. Grommé, S. 24; Deggeller, S. 12; Jaeger, N 4 zu Art. 17.

9. Favre, SJK 679 S. 3; BGE 85 III 179.

10. BGE 85 III 179.

11. BGE 86 III 97 E 3. Weitere Literatur und Judikatur im angeführten Entscheid.

II. Der Begriff Verfügung

Die Beschwerde richtet sich - mit Ausnahme der Fälle der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, wo ein negatives Verhalten, ein gesetzwidriges Nichthandeln gerügt wird - immer gegen eine Verfügung eines Beamten¹². Neben dieser generellen Umschreibung, die sich aus Art. 17 SchKG ergibt, sind im Gesetz auch einige spezielle Fälle aufgezählt¹³. Der Begriff Verfügung im Sinne des Art. 17 SchKG bedarf einer Präzisierung, denn nicht jede Handlung eines Betreibungs- oder Konkursbeamten fällt darunter¹⁴.

Nur ein bestimmtes Verhalten eines Beamten in einem konkreten Fall kann angefochten werden. Beschwerden, die lediglich die Amtstätigkeit des Vorstehers im allgemeinen bemängeln, sind unbehelflich. Die blossе Meinungsäusserung eines Beamten, eine einfache Mitteilung, ein Bericht über den Stand des Verfahrens oder eine Bekanntmachung des Amtes über sein künftiges Vorgehen sind nicht durch Beschwerde anfechtbar, weil dadurch die Rechtsstellung der Personen, an die sich solche Äusserungen richten, nicht in bestimmter, konkreter Weise beeinträchtigt wird¹⁵.

-
12. Gegen Entscheide der Aufsichtsbehörden kann Rekurs erhoben werden.
 13. - Art. 160 Ziff. 4 SchKG bezüglich der Statthaftigkeit der Konkursbetreibung.
- Art. 178 Ziff. 3 SchKG Beschwerde bei der Wechselbetreibung.
- Art. 239 Abs. 1 SchKG gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung.
- Art. 279 Abs. 1 SchKG schliesst die Beschwerde gegen den Arrestbefehl ausdrücklich aus.
 14. Gleichgültig ist jedoch, ob der Beamte selbst oder eine Hilfsperson die Verfügung erlassen hat, denn die Beschwerde richtet sich gegen das Amt als solches und nicht gegen den Beamten persönlich oder dessen Hilfsperson. Deggeller, S. 11; Sorg, S. 21 Anm. 6; Favre, SJK 679 S. 3; Blumenstein, S. 84.
 15. BGE 96 III 44 E c; 87 II 18; ZR 37 63; 41 77; Favre/Steiner, S. 55; Blumenstein, S. 75; Deggeller, S. 10; Sorg, S. 20.

Von solchen Meinungsäusserungen und Mitteilungen unterscheidet sich die Verfügung dadurch, dass sie ein einseitiger, selbständiger Hoheitsakt ist, der mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommen wird und auf einen rechtlichen Erfolg abzielt ¹⁶. Daher kann auch eine blosser Feststellung pflichtwidrigen Handelns eines Betreibungs- oder Konkursbeamten nicht Gegenstand einer Beschwerde sein. Nur die Anordnung oder aber die Aufhebung oder Berichtigung einer Amtshandlung kann damit verlangt werden. Fehlt ein derartiger praktischer Zweck, ist die Beschwerde unzulässig ¹⁷. Auch die Bestätigung einer früheren Verfügung ist damit nicht anfechtbar, da sie kein selbständiger Betreibungsakt ist ¹⁸. Privatrechtliche Handlungen der Beamten, wie die Entgegennahme eines Depositums zur Sicherstellung des Gläubigers oder die Verteilung der Nachlassdividende unter die Nachlassgläubiger sind ebenfalls keine Verfügungen ^{19,20}.

16. Deggeller, S. 10; Sorg, S. 20.

17. BGE 86 III 109 E 2; 85 III 35; 82 IV 66; Fritzsche, S. 42.

18. Vgl. Sorg, S. 20; Deggeller, S. 10; beide weisen daraufhin, dass die Beschwerdefrist mit dem Bestätigungsschreiben nicht von neuem zu laufen beginnt.

19. Blumenstein, S. 75; Deggeller, S. 10.

20. Der Steigerungszuschlag ist jedoch keine privatrechtliche Handlung, sondern eine Verfügung im Sinne des Art. 17 SchKG und kann daher mit der Beschwerde angefochten werden. Vgl. BGE 95 III 22 E 1; Deggeller, S. 10 Anm. 25 mit weiteren Verweisen. Umstritten ist die Rechtsnatur des Freihandverkaufes. Vgl. Sorg, S. 20 f.

Handelt der Vollstreckungsbeamte in Ausübung amtlicher Funktionen, die ihm das kantonale Recht zuweist und nicht auf Grund des SchKG oder dessen Ausführungsbestimmungen, so liegt keine beschwerdefähige Handlung vor ²¹.

Neben den beschwerdefähigen positiven Handlungen der Betreibungsbehörden, den Verfügungen, kann auch ein rein passives Verhalten der Vollstreckungsämter angefochten werden. Die Abgrenzung zwischen passivem Verhalten und Verfügung kann Schwierigkeiten bereiten. So gilt als Verfügung auch die Ablehnung einer in Betracht kommenden oder von den Beteiligten verlangten Massnahme, sofern sie ausdrücklich ausgesprochen wird oder sich aus dem Vorgehen des Vollstreckungsamtes eindeutig ergibt. Eine Rechtsverweigerung liegt aber dann vor, wenn die Ablehnung sich auf keine sachlichen Gründe stützt ²². In diesem Fall ist der Beschwerdeführer auch nicht an die Beschwerdefrist gebunden ²³. Unterlassungen oder Verzögerungen betriebsrechtlicher Handlungen können dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn sie Rechtswirkungen nach sich ziehen, welche die an der Vornahme der Verfügungen interessierten Personen verletzen ²⁴.

21. Es ist jedoch möglich, dass das kantonale Recht auch in diesem Falle eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde vorsieht. Diese entscheidet dann aber nicht als Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 13 SchKG. Ihre Entscheide können auch nicht gemäss Art. 19 SchKG ans Bundesgericht weitergezogen werden (Deggeller, S. 11 Anm. 26).

22. BGE 85 III 8.

23. BGE 97 III 31 E a; Art. 17 Abs. 3 SchKG.

24. Blumenstein, S. 75; Favre, SJK 679 S. 1.

Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn es sich bei der unterlassenen Anordnung um eine Verfügung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 SchKG handelt.

Abschliessend sei nochmals darauf hingewiesen, dass von der Beschwerde ausdrücklich die Fälle ausgenommen sind, für welche das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt. Ich verweise dazu auf die vorstehenden ²⁵ Ausführungen.

25. Vgl. vorn § 7 I. und § 1 I. Für weitere Ausführungen vgl. Blumenstein, S. 80; Jaeger, N 3 zu Art. 17; Fritzsche, S. 42; Grommé.

§ 8 Beschwerdegründe

Die Beschwerdegründe sind in Art. 17 Abs. 1 und 3 SchKG zusammengestellt. Es sind dies: Gesetzesverletzung, Ermessensüberschreitung und Rechtsverweigerung oder -verzögerung.

I. Gesetzesverletzung

Eine Gesetzesverletzung liegt dann vor, wenn Vorschriften des Bundesrechts, des kantonalen Rechts, der Staatsverträge oder Konkordate, die auf dem Gebiete der Schuldbetreibung und des Konkurses Anwendung finden, verletzt sind¹. Bei Verletzung kantonalen Vorschriften ist der Rekurs ans Bundesgericht ausgeschlossen. In diesem Fall ist die obere kantonale Aufsichtsbehörde letzte Instanz. Beschwerde kann auch wegen Verletzung ungeschriebener Normen erhoben werden.

Der Begriff der Rechtsverletzung kann aus Art. 43 OG entnommen werden. Danach ist Bundesrecht dann verletzt, wenn ein in einer eidgenössischen Vorschrift ausdrücklich ausgesprochener oder sich daraus ergebender Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Eine unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache gilt als Rechtsverletzung. Diese Begriffsbestimmung gilt sinngemäss auch für das kantonale Recht.

1. Favre, S. 61; Fritzsche, S. 43; Blumenstein, S. 77.

II. Angemessenheit

Das Gesetz kann nicht alle Handlungen, die die Betreibungsorgane vorzunehmen haben, genau regeln. In vielen Fällen lässt es ihnen daher einen freien Raum, der ihnen erlaubt, die konkreten Umstände zu berücksichtigen und innerhalb der vom Gesetz abgesteckten Grenzen nach freiem Ermessen zu entscheiden. Entspricht dieser Entscheid nicht den gegebenen Umständen, so kann er von den kantonalen Aufsichtsbehörden auf Beschwerde oder Rekurs hin überprüft werden. Diesen steht anlässlich der Ueberprüfung derselbe Ermessensspielraum zu, wie dem Vollstreckungsamt ².

III. Rechtsverweigerung

Es steht hier nur die formelle Rechtsverweigerung zur Diskussion. Darunter ist die ausdrückliche ³ oder stillschweigende Weigerung eines Amtes zu verstehen, eine gehörig beantragte oder von Amtes wegen zu vollziehende Handlung vorzunehmen ⁴. Eine materielle Rechtsverweigerung (Willkür) kann unter Berufung auf den Beschwerdegrund der Gesetzesverletzung geltend gemacht werden. Wegen Rechtsverweigerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG).

2. Favre, S. 62; Sorg, S. 61 f.

3. Es liegt jedoch eine Verfügung vor, wenn das Amt die Vornahme der betreffenden Handlung aus bestimmten Gründen eindeutig ablehnt. In diesem Fall muss die Beschwerde innerhalb der vorgeschriebenen Frist erhoben werden. Vgl. BGE 85 III 8.

4. BGE 101 III 68; 101 III 6. Vgl. auch vorn § 7.

IV. Rechtsverzögerung

Wird eine Betreibungshandlung nicht innert der gesetzlichen oder den Umständen angemessenen Frist vorgenommen, so ist dieser Beschwerdegrund gegeben. Die Abgrenzung zur Rechtsverweigerung kann nur unter Berücksichtigung subjektiver Momente der sich in Verzug befindenden Behörde erfolgen. Da beide Beschwerdearten jedoch gleich zu behandeln sind, ist die Abgrenzung unerheblich.

2. Kapitel Die Beschwerdeberechtigten

Eine betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG kann nur einreichen, wer partei- und prozessfähig ist ¹. Blumenstein fasst diese Voraussetzungen zusammen zur Beschwerdefähigkeit im formellen Sinne ². Im Nachfolgenden werden diese Begriffe jedoch - wie im Zivilprozessrecht üblich - getrennt behandelt.

§ 9 Parteifähigkeit

Auszugehen ist vom Begriff der zivilprozessualen Parteifähigkeit. "Die Möglichkeit, Partei eines Prozesses zu sein, ist zunächst tatsächlicher Natur und besteht für jedermann, selbst für rechtlich nicht existente Gebilde ³. Als Partei im Prozess zugelassen werden soll aber nur, wer Parteifähigkeit besitzt, d.h. die prozessuale Berechtigung, als Partei im Prozess aufzutreten" ⁴.

Überträgt man diese Begriffsbestimmung auf die beschwerderechtliche Parteifähigkeit, so ergibt sich folgende Definition: Die beschwerderechtliche Parteifähigkeit ist die Berechtigung, als Partei vor den betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden aufzutreten ⁵.

1. BLSchK 1977 S. 47; BGE 96 III 103.

2. Blumenstein, S. 88.

3. BGE 100 III 21.

4. Guldener, S. 124; vgl. dazu auch Reich, S. 24.

5. Ebenso Sorg, S. 37; vgl. auch Rodi, S. 46.

Wie die zivilprozessuale ist auch die beschwerderechtliche Parteifähigkeit Teil der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit⁶. Parteifähig ist somit, wer rechtsfähig ist^{7,8}. Aber auch gewisse nicht rechtsfähige Gebilde sind parteifähig⁹.

Parteifähig sind alle natürlichen und juristischen Personen. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen kommen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, der Konkursmasse, der Liquidationsmasse im Falle des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung sowie dem Erbschaftsvermögen im Falle der amtlichen Liquidation Parteifähigkeit zu. Gestützt auf Art. 712 1 ZGB ist auch die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer und in den Fällen von Art. 706, 808 Abs. 5 und 891 OR die Verwaltung einer AG, GmbH und Genossenschaft parteifähig¹⁰. Nach Art. 49 SchKG muss auch der unverteilter Erbschaft die Parteifähigkeit im Beschwerdeverfahren zuerkannt werden¹¹.

6. Walder, S. 123; Kummer, S. 62.

7. Nicht aber umgekehrt. So ist z.B. die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft wohl partei-, nicht aber rechtsfähig (Walder, S. 124).

8. Zum Begriff Parteifähigkeit verweise ich auf folgende Literatur: Walder, S. 121 ff.; Guldener, S. 124 ff.; Kummer, S. 62 f.; Reich, S. 26 ff.; Sträuli/Messmer, N 2,3 zu § 27 und 28.

9. Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 27/28.

10. Den Verwaltungen dieser Gesellschaften wird Parteifähigkeit zuerkannt, damit sie die Möglichkeit haben, die Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten. Mit der Gestaltungs-klage kann jedoch allenfalls eine Leistungs-klage verbunden werden (Bürgli, N 69 zu Art. 706 OR). Muss ein solcher Anspruch auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durchgeführt werden, so ist es denkbar, dass auch der Verwaltung einer dieser Gesellschaften beschwerderechtliche Parteifähigkeit zuerkannt werden muss.

11. Sorg, S. 37 insbesondere Anm. 7.

§ 10 Prozessfähigkeit (Beschwerdefähigkeit) und
 Prozessführungsbefugnis

I. Prozessfähigkeit (Beschwerdefähigkeit)

Die Prozessfähigkeit wird im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren als Beschwerdefähigkeit bezeichnet ¹. Es gilt daher für die Beschwerdefähigkeit dasselbe, was für die Prozessfähigkeit gilt. Auch hier kann - wie bei der Parteifähigkeit - der Inhalt des zivilprozessualen Begriffs übernommen werden.

Die Beschwerdefähigkeit ist die Berechtigung, die Beschwerde als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen ². Sie bildet einen Teil der Handlungsfähigkeit ³. Alle nach Bundesrecht handlungsfähigen Personen sind als beschwerdefähig anzuerkennen ⁴. Es sind dies die natürlichen Personen, die mündig und urteilsfähig sind, sowie die juristischen Personen, welche die nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe bestellt haben ⁵.

1. Deggeller, S. 82; Sorg, S. 36.

2. Vgl. Guldener, S. 127; Favre, SJK 679 S. 5.

3. Vgl. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 27/28; Sorg, S. 37.

4. Vgl. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 27/28; Walder, S. 131; ZPO § 12.

5. ZGB Art. 12 ff. und Art. 54.

1. Natürliche Personen

§ 27 ZPO bestimmt, dass eine Partei selbständig Prozesse führen kann, soweit sie handlungsfähig ist. Dieser Grundsatz gehört dem Bundesrecht an⁶. Er gilt auch für die Beschwerdeführung gemäss Art. 17 SchKG⁷. Eine Einschränkung des Grundsatzes besteht jedoch insofern, als ein urteilsfähiger Handlungsunfähiger selbst Rechte geltend machen kann, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen. So kann ein urteilsfähiger Bevormundeter die Unpfändbarkeit im Sinne von Art. 92 SchKG geltend machen⁸. Gegen eine Lohnpfändung (Art. 93 SchKG) kann er persönlich jedoch keine Beschwerde erheben⁹. Anders ist es beim minderjährigen Kind, das gemäss Art. 295 Abs. 2 ZGB mit Zustimmung seiner Eltern ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft lebt. Es kann gegen die Pfändung seines Lohnguthabens selbständig Beschwerde führen, da es über das freie Kindesvermögen, wozu auch sein Arbeitseinkommen gehört, die volle Verfügungsfreiheit besitzt¹⁰. Urteilsfähige Bevormundete und Minderjährige sind auch dann beschwerdefähig, wenn es um eine Forderung aus einem bewilligten selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes geht (Art. 412 ZGB), da sie ja gemäss Art. 47 Abs. 3 SchKG auch selbständig betrieben werden können¹¹.

6. Sträuli/Messmer, N 7 zu § 27/28.

7. Sträuli/Messmer, N 7 zu § 27/28; BGE 88 III 10.

8. BGE 88 III 10; 72 III 2; 68 III 116.

9. BGE 75 III 79; Fritzsche, S. 60; a.M. Obergericht in ZR 43 35.

10. BGE 79 III 104; 78 III 1; 40 III 152.

11. BGE 85 III 161; ZR 37 31.

Im Übrigen bedürfen handlungsunfähige Personen zur Erhebung der Beschwerde eines gesetzlichen Vertreters^{12,13}. "Die Vertretungsmacht des Vormundes schliesst grundsätzlich gleichwie im Zivilprozess ein Handeln des Mündels selbst aus, auch wenn er urteilsfähig ist. Es kommt also nicht darauf an, ob - im Sinne des Art. 19 Abs. 2 ZGB - mit der Beschwerde eine Betreuungsvorkehr zur Geltung gebracht werden wolle, die lediglich zur Abwendung einer Belastung bestimmt ist"¹⁴.

Gemäss § 28 ZPO können urteilsfähige Handlungsunfähige im Zivilprozess vorläufig selbst das Nötige vorkehren, falls Gefahr im Verzug ist¹⁵. Es stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung von § 28 ZPO auf das Beschwerdeverfahren möglich ist. Im Zivilprozessrecht findet diese Bestimmung Anwendung, wenn eine kurze Klagefrist (§ 104 ZPO) besteht¹⁶ und im beschleunigten Verfahren (§ 22 GVG), in welchem insbesondere Betreibungs- und Konkursstreitigkeiten behandelt werden. Diese Tatsachen sprechen dafür, dass § 28 ZPO analog auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren angewendet werden kann.

12. Jaeger/Daeniker, N 1 zu Art. 17; BGE 88 III 7; 72 III 1; 68 III 115; 68 III 31.

13. Gemäss Art. 47 Abs. 1 SchKG sind die Betreuungsurkunden dem gesetzlichen Vertreter zuzustellen. Die Betreuung ist an seinem Wohnsitz durchzuführen.

14. BGE 72 III 1; vgl. auch BGE 68 III 116; 40 III 268 e contrario; Guldener, S. 128.

15. Sträuli/Messmer, N 16 zu § 27/28; Walder, S. 131.

16. Sträuli/Messmer, N 16 zu § 27/28.

Denn erstens ist auch die Frist zur Erhebung der Beschwerde recht kurz (zehn bzw. fünf Tage) ¹⁷ und zweitens soll auch das Beschwerdeverfahren - wie das beschleunigte Verfahren - möglichst schnell erledigt werden ¹⁸.

Das Bundesrecht steht der analogen Anwendung des § 28 ZPO auf das Beschwerdeverfahren nicht entgegen ¹⁹, da Gegenstand des § 28 ZPO eine verfahrensrechtliche Frage ist. Wie bereits vorne erwähnt ²⁰, ist das Beschwerdeverfahren - in Ermangelung bundesrechtlicher Vorschriften - durch die Kantone zu regeln.

Die Mitwirkungsbeiratschaft im Sinne von Art. 395 Abs. 1 ZGB hat auf die Beschwerdefähigkeit des Verbeirateten keinen Einfluss, obwohl nach Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Prozessführung ein mitwirkungsbedürftiges Rechtsgeschäft darstellt. Die betreibungsrechtliche Beschwerde fällt jedoch nicht unter diese Bestimmung, denn - so das Bundesgericht - die ratio, die betreffende Person vor Vermögensverlusten zu schützen, trifft auf das kostenlose Beschwerdeverfahren gar nicht oder doch nur sehr beschränkt zu ²¹.

17. SchKG Art. 17 Abs. 2 und Art. 20; vgl. auch SchKG Art. 239 Abs. 1.

18. Vgl. vorn Einleitung.

19. Dies folgt auch daraus, dass das Bundesgericht in BGE 63 III 43 - bei der Ueberprüfung der Zulässigkeit von Prozess- oder Betreibungshandlungen durch einen Handlungsunfähigen - entschied: "Jedenfalls kann eine Prozess- oder Betreibungshandlung von der zuständigen Behörde nicht mehr aufgehoben werden, wenn vor der rechtskräftigen Aufhebung die Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters ausgesprochen worden ist."

20. Vgl. vorn Einleitung.

21. BGE 40 III 268; Deggeller, S. 83; Sorg, S. 39.

Hinzu kommt, dass der nach Art. 395 Abs. 1 ZGB Verbeiratete persönlich betreiben und betrieben werden kann. Es muss ihm daher die Möglichkeit gegeben werden, sich persönlich mittels Beschwerde gegen die Verfügung der Betreibungsbehörden zu wehren ²².

Etwas anders ist die Situation bei der Verwaltungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 2 ZGB). Der von der Massnahme Betroffene wird in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt ²³. Die Verwaltung über das Vermögen wird dem Schutzbedürftigen entzogen und dem Beirat übertragen ²⁴. Geht es in einer Zwangsvollstreckung um die Pfändung von Kapitalwerten des Verbeirateten, so hat ihn der Beirat als gesetzlicher Vertreter im Sinne von Art. 47 SchKG zu vertreten. In diesen Fällen hat er auch die Interessen des Schutzbefohlenen im Beschwerdeverfahren wahrzunehmen. Ueber Arbeitseinkommen und Vermögensertrag behält der Verbeiratete die freie Verfügung ²⁴. In der Höhe dieser sogenannten freien Mittel kann er für irgendwelche Forderungen persönlich betrieben werden und ist insofern auch beschwerdefähig ²⁵.

22. Ebenso Deggeller, S. 83.

23. BGE 102 III 138; 80 II 17.

24. ZGB Art. 395 Abs. 2.

25. Ebenso Sorg, S. 40.

2. Juristische Personen

Die juristischen Personen üben die Prozessfähigkeit durch ihre Organe aus ²⁶. Das gilt auch für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ²⁷. Ein zeichnungsfähiger Gesellschafter ist somit zur Beschwerdeführung im Namen der Gesellschaft zugelassen. Besteht eine Kollektivzeichnungsberechtigung, so ist ein bloss kollektiv Zeichnungsberechtigter nicht allein zur Beschwerde befugt, obwohl er zur Erhebung des Rechtsvorschlages für die Gesellschaft berechtigt ist ²⁸. Die Beschwerde kann nur von den Kollektivzeichnungsberechtigten zusammen erhoben werden ²⁹. Die Beschwerde einer Organisation, die als einfache Gesellschaft nicht partei- und prozessfähig ist, ist unwirksam ³⁰. Die Gesellschafter haben die Beschwerde in eigenem Namen - allenfalls als Streitgenossen ³¹ - zu erheben.

26. ZGB Art. 54/55.

27. OR Art. 563/564, 599, 603.

28. ZR 38 129; BGE 65 III 74.

29. Jaeger, N 1 zu Art. 17; Sorg, S. 44.

30. BGE 96 III 100; Fritzsche, S. 53.

31. Vgl. hinten § 12 I.

II. Prozessführungsbefugnis

Es kann sein, dass eine Partei an sich prozessfähig ist, ihr aber trotzdem die Berechtigung fehlt, bestimmte Prozesse selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen³². Dies ist dann der Fall, wenn der streitige Anspruch Bestandteil eines Vermögens ist, über welches der Partei das Verfügungsrecht entzogen ist³³. Das Fehlen der Prozessführungsbefugnis hat die gleiche Wirkung, wie das Fehlen der Prozessfähigkeit³⁴. In beiden Fällen müssen die Interessen der Partei durch den gesetzlichen Vertreter im Prozess wahrgenommen werden. Den eigenen Prozesshandlungen der Partei darf das Gericht keine Folge geben³⁵. Die Prozessführungsbefugnis muss - wie die Prozessfähigkeit - von Amtes wegen geprüft werden³⁶.

Anstelle des materiell Berechtigten oder Verpflichteten ist in diesen Fällen somit ein Dritter befugt, in eigenem Namen und als Partei den Prozess zu führen. Der Dritte ist - obwohl materiell nicht berechtigt - zur Sache legitimiert³⁷. Es liegt eine Prozessstandschaft vor.

32. Guldener, S. 130; Kummer, S. 64; Walder, S. 132.

33. Sträuli/Messmer, N 20 zu § 27/28.

34. Guldener, S. 132 Anm. 35.

35. Guldener, S. 132 Anm. 35.

36. Fritzsche, S. 64.

37. Guldener, S. 142.

Das Zivilprozessrecht kennt verschiedene Fälle, in denen es den Parteien an der Berechtigung, den Prozess selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen, fehlt. So ist der Willensvollstrecker im Prozess um Aktiven oder Passiven der Erbschaft formell Partei, soweit ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht³⁸. Gleiches gilt für den amtlichen Erbschaftsverwalter und die Konkursverwaltung³⁹. Prozessführungsbefugnis kommt auch dem Ehemann im Rechtsstreit mit Dritten um das von der Ehefrau eingebrachte Gut zu⁴⁰.

Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis, in welchem Zivilprozess und Betreibungsverfahren stehen, bringt es mit sich, dass die Person, die in einem konkreten Prozess Partei ist, auch in dem mit diesem Prozess zusammenhängenden Betreibungsverfahren als die richtige Partei zu betrachten ist⁴¹. Andernfalls würde sich zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren ein Parteiwechsel aufdrängen. Es ist daher sinnvoll, die zivilprozessuale Regelung analog auf das Betreibungsverfahren anzuwenden⁴². Die im Zivilprozess zur Prozessführung befugten Personen sind daher auch zur Führung der Betreibung berechtigt.

38. Guldener, S. 132.

39. Guldener, S. 132; vgl. auch Walder, S. 133 Anm. 17; Sträuli/Messmer, N 20 zu § 27/28.

40. Guldener, S. 130; Walder, S. 132; Sträuli/Messmer, N 6 zu § 27/28.

41. Konrad, S. 28.

42. Konrad, S. 57.

Dazu gehört aber auch das Recht, sich allenfalls mit Beschwerde gegen Verfügungen der Vollstreckungsbehörden zu wehren. Das Recht zur Beschwerdeführung steht in diesen Fällen somit grundsätzlich nicht dem Rechtsträger der in Streit stehenden Forderung, sondern dem Prozessführungsbefugten zu. Eine Ausnahme hiervon kann sich bei der Betreibung der Ehefrau ergeben. Darauf ist noch kurz einzutreten.

Die Ehefrau ist nach ZGB handlungs- und damit von Bundesrechts wegen prozess- und beschwerdefähig. Dies gilt unabhängig vom Güterstand. Eine andere Frage ist die, ob die Ehefrau auch unter dem Güterstand der Güterverbindung selbständig Beschwerde führen kann. Um diese Frage zu beantworten, ist zu unterscheiden, ob es sich um eine aktive oder passive Betreibung der Ehefrau handelt ⁴³.

Will die Ehefrau eine Forderung, die zum eingebrachten Gut gehört, zwangsweise eintreiben, so kann sie dies nicht selbständig tun ⁴⁴; es sei denn, der Ehemann erteile dazu seine Zustimmung. Ist dies nicht der Fall, so hat der Ehemann im Namen seiner Ehefrau die Betreibung zu erheben.

43. Sorg, S. 41; vgl. dazu die Situation im Zivilprozessrecht: Guldener, S. 131.

44. Sorg, S. 43; Guldener, S. 130.

Art. 168 Abs. 2 ZGB wird analog auf das Betreibungsverfahren angewendet ⁴⁵. Konsequenterweise muss daher der Ehemann auch im Namen der Ehefrau eine allfällige Beschwerde führen ⁴⁶.

In der Betreuung gegen die Ehefrau findet Art. 168 Abs. 2 ZGB keine Anwendung ⁴⁷. Der in diesem Artikel enthaltene Gedanke, den Ehemann vor Beeinträchtigungen seiner Verwaltungs- und Nutzniessungsrechte zu bewahren, ist jedoch auch im Vollstreckungsrecht verwirklicht ⁴⁸. So bestimmt Art. 68 bis Abs. 1 SchKG, dass - sofern der Gläubiger nicht nur Befriedigung aus dem Sondergut, sondern auch aus dem eingebrachten Gut der Ehefrau verlangt - beiden Ehegatten ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist. Im weiteren Verlauf des Verfahrens ist jeder Ehegatte für sich selbst befugt, die Rechte des Betriebenen unabhängig vom andern wahrzunehmen ⁴⁹. So steht sowohl der Ehefrau als auch dem Ehemann das Beschwerderecht zu ⁵⁰.

45. "Obwohl es sich bei einer Betreuung nicht um einen Rechtsstreit im eigentlichen Sinne des Wortes handelt, steht doch nichts im Wege, die für denselben geltende Regelung analog auch auf das Betreibungsverfahren anzuwenden." (Konrad, S. 57). Lemp (Berner Kommentar N 18 zu Art. 168) ist der Auffassung, dass der Ehemann die Ehefrau als Gläubigerin schon gestützt auf Art. 200 Abs. 1 ZGB zu vertreten habe. Er hält Art. 168 Abs. 2 ZGB nicht für anwendbar. Im Ergebnis führen beide Auffassungen jedoch zum selben Resultat.

46. Ebenso Sorg, S. 43.

47. Lemp, (Berner Kommentar) N 18 zu Art. 168.

48. Sorg, S. 42.

49. BGE 64 III 101.

50. Sorg, S. 42.

§ 11 Postulationsfähigkeit

Im Zivilprozessrecht versteht man unter Postulationsfähigkeit das Recht, vor Gericht selber und nicht nur durch einen Prozessvertreter Anträge zu stellen und seine Sache vorzutragen¹. Die Postulationsfähigkeit kommt im allgemeinen jeder prozessfähigen Partei zu. Ein Anwaltszwang besteht in der Schweiz nirgends². Es kann jedoch vorkommen, dass eine Partei offensichtlich unfähig ist, ihre Sache selbst gehörig zu führen. In diesem Fall kann das Gericht ihr die Postulationsfähigkeit entziehen und sie anhalten, einen Vertreter zu bestellen³. Unterlässt sie dies, so entscheidet das Gericht gemäss § 29 Abs. 2 ZPO auf Grund des Vorbringens der Partei. Aus zureichenden Gründen - d.h. insbesondere dann, wenn die Partei nicht fähig ist, einen Vertreter zu bestellen - kann es statt dessen selbst den Vertreter bezeichnen.

Der zivilprozessuale Begriff der Postulationsfähigkeit kann sinngemäss auf das Beschwerdeverfahren übertragen werden. Auch im Beschwerdeverfahren kann es sich zeigen, dass eine Partei ihre Sache nicht gehörig zu führen versteht. In diesem Falle drängt sich die analoge Anwendung des § 29 Abs. 2 ZPO durch die Aufsichtsbehörde auf. M.E. ist die Aufsichtsbehörde jedoch nicht befugt, selbst einen Vertreter zu bestellen. Denn dies könnte nur auf Kosten

-
1. Walder, S. 137; Kummer, S. 65; Guldener, S. 132.
 2. Guldener, S. 132; Walder, S. 137; vgl. SchKG Art. 27 Abs. 2.
 3. ZPO § 29 Abs. 2.

der nicht postulationsfähigen Partei geschehen ⁴, da die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in Schuldbetreibungs- und Konkursachen nicht in Frage kommt ⁵ und die Vertretungskosten nicht auf den Beschwerdegegner abgewälzt werden können ⁶. Es würde schlecht zum Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Beschwerdeverfahrens passen, wenn die Partei verpflichtet werden könnte, sich für einen Vertreter in Kosten zu stürzen. Hinzu kommt, dass das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren grundsätzlich der Officialmaxime untersteht. Daher hat die Aufsichtsbehörde von sich aus das Nötige zu erheben, wenn der Schuldner dazu unfähig ist ⁷.

Postulationsfähigkeit kommt üblicherweise nicht nur jeder beschwerdefähigen Partei zu, sondern auch den gesetzlichen Vertretern in den Beschwerdeverfahren ihrer Schutzbefohlenen und den Organen der juristischen Personen, die für diese die Beschwerde führen ⁸.

Eine Partei kann sich im Beschwerdeverfahren jedoch auch durch einen gewillkürten Stellvertreter vertreten lassen ⁹. Sogar die Beschwerdeführung als Geschäftsführung ohne Auftrag ist gestattet ¹⁰.

-
4. "In Anlehnung an Art. 29 Abs. 5 OG kann vom Gericht ein Vertreter auf Kosten der Partei bezeichnet werden, wenn diese der Auflage (selbst einen zu bestellen) keine Folge leistet." Sträuli/Messmer, N 4 zu § 29.
 5. ZR 49 119.
 6. SchKG Art. 27 Abs. 2.
 7. ZR 60 6; vgl. auch hinten § 14.
 8. Walder, S. 137.
 9. Favre, SJK 679 S. 5; Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 17; Blumenstein, S. 88.
 10. Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 17; Sorg, S. 44; Deggeller, S. 84.

Es genügt auch, wenn die Genehmigung des Geschäftsherrn erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt ¹¹. Der Stellvertreter braucht sich nicht durch eine Vollmacht auszuweisen ¹². Auf die Beschwerde muss auch eingetreten werden, wenn keine förmliche Vollmacht beigebracht wird ¹³. Nur wenn der Beschwerdegegner die Vertretungsbefugnis bestreitet, hat der Stellvertreter den Beweis des Auftrages beziehungsweise der Genehmigung der als Geschäftsführer ohne Auftrag vorgenommen Handlung zu führen ¹⁴.

Nicht nur der Beschwerdeführer kann sich eines Stellvertreters bedienen. Auch das Betreibungs- oder Konkursamt, dessen Verfügung beanstandet wird, kann sich für die Vernehmlassung im Beschwerde- oder Rekursverfahren durch einen Anwalt vertreten lassen ¹⁵. Wohl tritt der Betreibungs- oder Konkursbeamte im Beschwerdeverfahren nicht als Partei, sondern in seiner amtlichen Eigenschaft auf ¹⁶. Das ändert jedoch nichts daran, dass er berechtigt ist, nach Bedarf Hilfskräfte anzustellen. Dazu gehört auch die Befugnis, zur Lösung schwieriger Rechtsfragen einen rechtskundigen Berater beizuziehen. Will die Aufsichtsbehörde über bestimmte Fragen die Ansicht des Beamten selbst kennenlernen, so kann sie ihn besonders auffordern, dazu Stellung zu nehmen, wie sie dies auch tun muss, wenn der

11. Deggeller, S. 84.

12. Jaeger, N 2 zu Art. 17.

13. Blumenstein, S. 88; Jaeger, N 2 zu Art. 17; BGE 61 III 46.

14. Jaeger, N 2 zu Art. 17.

15. BGE 100 III 57.

16. ZBJV 68 S. 371; Sorg, S. 59.

Beamte überhaupt auf eine Vernehmlassung verzichtet hat ¹⁷. Das Recht sich vertreten zu lassen gilt nicht nur für die zur Vernehmlassung aufgeforderte Behörde, sondern für alle jene Personen, die zur Vernehmlassung herangezogen werden. Oft vertreten diese Personen das gegenteilige Interesse des Beschwerdeführers, so dass es nur als billig erscheint, auch ihren Standpunkt anzuhören. Dabei müssen sie aber dem Beschwerdeführer gleichgestellt werden, und es muss ihnen - wie diesem - erlaubt sein, sich durch eine rechtskundige Person vertreten zu lassen ¹⁸.

17. BGE 100 III 57.

18. ZR 49 119.

§ 12 Streitgenossenschaft und Nebenintervention

I. Streitgenossenschaft

1. Einfache Streitgenossenschaft (Subjektive Klagenhäufung)

Eine subjektive Klagenhäufung im Sinne des Zivilprozesses liegt dann vor, wenn mehrere Klagen verschiedener Kläger oder gegen verschiedene Beklagte, die an sich auch getrennt erhoben werden könnten, aus Zweckmässigkeitsgründen in einem Prozess vereinigt werden ¹. Aehnlich wie im Zivilprozessrecht kann unter Umständen auch im Zwangsvollstreckungsrecht eine "Betreibungsgenossenschaft" ² bestehen. Dabei müssen Gläubiger- und Schuldnerseite getrennt behandelt werden.

Art. 70 Abs. 2 SchKG lässt die gemeinschaftliche Betreibung mehrerer Mitschuldner zu, wenn sie einen gemeinsamen Vertreter haben. Voraussetzung ist, dass gegen jeden Schuldner die Betreibung am selben Orte möglich ist ³. In Judikatur und Literatur besteht Uebereinstimmung darin, dass Art. 70 Abs. 2 SchKG nur im Falle der gesetzlichen Vertretung spielen kann, da ein freigewählter Vertreter nicht in der Lage wäre, in einer und derselben Betreibung allfällig auseinandergehende Interessen der Vertretenen zu wahren ⁴.

1. Walder, S. 146; ZPO § 40.

2. BGE 71 III 165; Fritzsche, S. 64.

3. Fritzsche, S. 65; BGE 71 III 165.

4. Fritzsche, S. 65; Blumenstein, S. 244; Jaeger, N 8 zu Art. 47; BGE 81 III 92; 71 III 165; 63 III 13; 41 III 395; 33 I 605.

In BGE 81 III 92 führt das Bundesgericht aus: "Aussi chacun des codébiteurs doit-il être, dès le début, le sujet d'une poursuite indépendante." Mitschuldner, die keinen gemeinsamen gesetzlichen Vertreter haben, müssen somit einzeln betrieben werden. Eine gemeinsame Betreibung ist nicht zulässig.

Für das Beschwerdeverfahren ergibt sich Folgendes: Mitschuldner, die nicht denselben gesetzlichen Vertreter haben, können grundsätzlich nicht in der Form einer einfachen Streitgenossenschaft Beschwerde erheben, da ihnen gegenüber keine gemeinsame Verfügung erlassen worden ist. Jeder Einzelne hat die Rechte des Betriebenen unabhängig von den andern auszuüben⁵. Trotzdem kann die Situation eintreten, dass die Mitschuldner berechtigt sind, in der Form einer einfachen Streitgenossenschaft Beschwerde zu erheben. Dies ist dann der Fall, wenn in der Betreibung eines Mitschuldners eine Verfügung erlassen worden ist, die nicht nur ihn, sondern auch die übrigen Mitschuldner in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt. Diese Berechtigung ist jedoch nicht eine Folge ihrer Mitschuldnereneigenschaft, sondern ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 SchKG, wonach auch Dritte, die durch die Verfügung in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt werden, Beschwerde führen können.

5. Vgl. BGE 64 III 101.

Eine Besonderheit ergibt sich auch im Beschwerdverfahren auf Grund von Art. 70 Abs. 2 SchKG. Haben handlungsunfähige bzw. in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkte Mitschuldner den nämlichen gesetzlichen Vertreter, so ist die Ausfertigung bloss eines Zahlungsbefehls zulässig⁶. In diesem Falle muss die Beschwerdeführung im Namen aller Mitschuldner durch den gemeinsamen gesetzlichen Vertreter möglich sein⁷.

Die Rechtsprechung hat die gemeinschaftliche Betreuung eines Schuldners durch mehrere Gläubiger, die einen gemeinsamen Vertreter haben, in bestimmten Fällen zugelassen⁸. Ob es sich um einen gesetzlichen oder freigeählten Vertreter handelt spielt keine Rolle⁹. Ein Zusammenschluss mehrerer Gläubiger im Sinne der einfachen Streitgenossenschaft des Zivilprozesses kommt dann in Frage, wenn Solidargläubiger (Art. 150 OR) gemeinsam vorgehen wollen¹⁰. Sie sind berechtigt, entweder einzeln oder gemeinsam zu betreiben. Daraus ergibt sich, dass sie auch einzeln oder gemeinsam Beschwerde erheben können¹¹,

6. Vgl. BGE 41 III 395.

7. Jeder einzelne von mehreren Mitschuldnern, die einen gemeinsamen gesetzlichen Vertreter haben, ist jedoch dann zur Beschwerde berechtigt, wenn er sich in jenen Rechten verletzt fühlt, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen (vgl. vorn § 10 I.1.).

8. BGE 71 III 165; 58 III 115. Ein gemeinsames Vorgehen ist nur bei Gesamt- und Solidarforderungen zugelassen (BGE 71 III 167).

9. Fritzsche, S. 65; BGE 71 III 165.

10. Fritzsche, S. 65; BGE 71 III 167: "Einzelforderungen der betreibenden Gläubiger, sei es auch aus dem gleichen Rechtsgrunde, können nicht in einer einzigen Betreuung zusammengefasst werden."

11. Dies geht aus dem Grundsatz hervor, dass diejenige Person, die die Betreuung führt, auch zur Beschwerdeführung berechtigt ist, da sie sich gegen die Verfügungen der Konkurs- und Betreibungsämter wehren können muss.

wobei der einzelne Solidargläubiger auch dann zur Beschwerde berechtigt ist, wenn im übrigen die Betreibung durch einen gemeinsamen Vertreter geführt wird ¹². Auch hier kann es sein, dass sich zu der Streitgenossenschaft der Solidargläubiger noch Dritte gesellen oder dass ausschliesslich Dritte eine einfache Streitgenossenschaft bilden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine einfache Streitgenossenschaft im Beschwerdeverfahren dann möglich ist, wenn mehrere Personen (Schuldner, Gläubiger oder Dritte) durch ein und dieselbe Verfügung in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt worden sind ¹³.

2. Notwendige Streitgenossenschaft

Eine notwendige Streitgenossenschaft besteht dann, wenn mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über welches nach materiellem Recht gegenüber allen Beteiligten nur im gleichen Sinne entschieden werden kann ¹⁴. Auch im Vollstreckungsverfahren kann es vorkommen, dass mehrere Gläubiger notwendigerweise gemeinsam gegen denselben Schuldner vorzugehen haben. Dies ist bei Gesamtforderungen z.B. einer Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) der Fall ¹⁵. Auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft sind Gläubiger- und Schuldnerseite getrennt zu behandeln.

12. Gemäss Art. 17 SchKG ist jedermann zur Beschwerde befugt, der in seinen rechtlich geschützten Interessen durch betreibungsrechtliche Anordnungen verletzt worden ist. Vgl. dazu hinten § 13.

13. Z.B. RGE 99 III 68; vgl. Blumenstein, S. 82.

14. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 38/39.

15. Fritzsche, S. 65.

Im Zivilprozessrecht gibt es bei einer Leistungsklage - die in diesem Zusammenhang ausschliesslich interessiert - auf beklagter Seite keine notwendige Streitgenossenschaft ¹⁶. Guldener führt aus: "Gesamthandschulden in dem Sinne, dass gegen alle Schuldner gemeinsam auf Erfüllung geklagt werden müsste, gibt es nicht. Miterben, Gemeinder oder Gesellschafter haben solidarisch für die Erfüllung der Schulden der betreffenden Gemeinschaft einzustehen (603, 342 ZGB, 544 OR)" ¹⁷. Daraus folgt, dass es im Betreibungsrecht auf der Schuldnerseite keine notwendige "Betreibungs-genossenschaft" geben kann. Für das Beschwerdeverfahren ergeben sich somit diesbezüglich keine besonderen Probleme.

Anders ist es auf der Gläubigerseite. Im Zivilprozessrecht bestehen notwendige Streitgenossenschaften bei der Erbengemeinschaft, der einfachen Gesellschaft und der Gemeinderschaft ¹⁸. In diesen Fällen ist ein gemeinsames Vorgehen mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner in einer einzigen Betreibung notwendig ¹⁹. Dies wirkt sich auch auf das Beschwerdeverfahren aus. Die aufgezählten notwendigen Streitgenossenschaften können auch im Beschwerdeverfahren nur gemeinsam vorgehen ²⁰.

16. Guldener, Anm. 3 S. 297; Walder, S. 149 Anm. 23.

17. Guldener, Anm. 3 S. 297.

18. Walder, S. 149.

19. Fritzsche, S. 64; Picononi, Berner Kommentar N 32 zu Art. 602.

20. Vgl. dazu die Situation im Verwaltungsstreitverfahren SJZ 31 S. 328 (256). Jaeger, N 1 zu Art. 49; Picononi, Berner Kommentar N 32 zu Art. 602; BGE 96 III 100.

II. Nebenintervention

Auszugehen ist wiederum vom Zivilprozessrecht. Guldener definiert die Nebenintervention folgendermassen: "Bei der Nebenintervention handelt es sich um die aus eigener Initiative erfolgende Teilnahme eines Dritten am Prozess der Hauptparteien zur Unterstützung der einen Partei, an deren Obsiegen der Dritte interessiert ist" ²¹. Gemäss ZPO § 44 ist die Nebenintervention bis zur Erledigung des Prozesses und aller Rechtsmittel zulässig. Ob diesbezüglich das Rechtsmittelverfahren analog auf das Beschwerdeverfahren angewendet werden kann, ist umstritten ²².

Das Bundesgericht lehnt die Nebenintervention für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren ab ²³. In BGE 73 III 34 führt es aus: "La procédure de plainte en matière de poursuite pour dettes et de faillite ne comporte pas d'intervention d'un tiers, même en la forme d'une intervention accessoire, et le droit cantonal ne saurait l'autoriser." Das Bundesgericht ist also der Ansicht, dass auch im kantonalen Beschwerdeverfahren eine Nebenintervention nicht zugelassen werden sollte.

21. Guldener, S. 306; Walder, S. 157; ZPO § 43.

22. Befürworter: Deggeller, S. 77; Jaeger, N 2 zu Art. 17; Blumenstein, Anm. 59 S. 93 und die frühere Praxis des Bundesgerichts BGE 33 I 236 E 1; 30 I 565 E 2; SJZ 4 S. 341; a.M. Sorg, S. 84; Fritzsche, S. 43; BGE 81 I 397 E 2; 73 III 34.

23. BGE 81 I 397 E 2; 73 III 34.

Die zürcherische Rechtsprechung äusserte sich zu diesem Problem letztmals in ZR 32 159²⁴, wo sie die Nebenintervention noch als zulässig erachtete. Es ist jedoch anzunehmen, dass sich auch die kantonale Rechtsprechung dem bundesgerichtlichen Präjudiz anschliessen wird; denn aus verschiedenen Gründen scheint die Uebernahme des Instituts der Nebenintervention in das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren als überflüssig.

Eine Drittperson, die den Beschwerdeführer unterstützen will, hat die Möglichkeit selbst Beschwerde zu erheben und - zusammen mit dem Beschwerdeführer - in Form einer einfachen Streitgenossenschaft die betreffende Verfügung anzufechten²⁵. Voraussetzung dazu ist allerdings, dass der Dritte in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt ist²⁶. Diesbezüglich würde aber die Zulassung der Nebenintervention keine Erleichterung bringen, da auch der Nebenintervenant ein solches Interesse glaubhaft machen muss²⁷.

Anders ist es mit der Möglichkeit, während der Rechtshängigkeit des Prozesses dem Verfahren beizutreten. Die Nebenintervention würde dem Dritten erlauben, nach Ablauf der Beschwerdefrist sich dem Beschwerdeführer noch anzuschliessen.

24. Vgl. auch ZR 4 15.

25. Vgl. vorn § 12 I.1.

26. Vgl. vorn § 13.

27. ZPO § 44; ebenso Sorg, S. 84.

Wird aber das Institut der Nebenintervention im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht zugelassen, so hat der Dritte diese Möglichkeit nicht; denn eine Anschlussbeschwerde, mit welcher er sich dem Beschwerdeführer allenfalls anschliessen könnte, kennt das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren nicht ²⁸.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Bund den Kantonen vorschreibt, dass das Beschwerdeverfahren möglichst rasch durchgeführt werden soll. Eine Nebenintervention bringt jedoch stets eine gewisse Verzögerung mit sich ²⁹. So argumentiert das Bundesgericht in BGE 81 I 389, wo es die Zulässigkeit der Intervention Dritter im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren zu beurteilen hat, folgendermassen: "Die Zulassung von Intervenienten im Rechtsmittelstadium würde zwangsläufig einem weiteren Schriftenwechsel rufen; der Vorinstanz und der Gegenpartei des Nebenintervenienten müsste Gelegenheit geboten werden, zu den Ausführungen des neuen Beteiligten Stellung zu nehmen. Hieraus ergäbe sich eine Ausweitung des Verfahrens, die mit dem Bestreben des Gesetzgebers nach einer einfachen und raschen Verwaltungsrechtspflege nicht vereinbar wäre." Weiter führt es aus: " Es verhält sich dabei gleich wie im Bereich der Rechtspflege in Schuldbetreibungs- und Konkursachen."

28. Jaeger/Daeniker, N 6 zu Art. 17; Deggeller, S. 88; Sorg, S. 84; BGE 40 III 328 E 1.

29. ZPO § 45 Abs. 3.

- -

Zu den Drittpersonen, die die Anträge des beschwerdebeklagten Amtes unterstützen wollen, gehört vor allem der Vollstreckungsgegner. Er und die Übrigen am Beschwerdeverfahren rechtlich interessierten Personen werden in der Regel - neben der verfügenden Behörde oder im Rekursverfahren der entscheidenden Vorinstanz - zur Vernehmlassung aufgefordert. Dies erfolgt mit Rücksicht auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs ³⁰ und auf die Verfahrensökonomie ³¹. Die am Verfahren interessierten Personen können also bereits im Vernehmlassungsverfahren ihre Interessen wahrnehmen, so dass auch diesbezüglich die analoge Anwendung des Instituts Nebenintervention auf das Beschwerdeverfahren überflüssig erscheint. Dies gilt umsomehr, als der Beschwerdegegner ja schon vor Ablauf der Beschwerdefrist berechtigt ist, Anträge zu stellen und im allgemeinen die gleichen Parteivorkehrungen treffen kann, wie der Beschwerdeführer selbst. Dem Beschwerdegegner kommt, wie wir vorne festgestellt haben ³³, sowieso eine parteiähnliche Stellung zu.

30. Vgl. hinten § 19.

31. Die Anhörung der am Beschwerdeverfahren Interessierten wird durch die Verfahrensökonomie geboten. Denn fühlen sich diese Personen, die eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung verhindern wollen, durch den Entscheid im Beschwerdeverfahren benachteiligt, so können sie an die zweite Instanz gelangen und nun in der Rolle des Beschwerdeführers ihre Gegenargumente vorbringen (Blumenstein, S. 92).

32. Vgl. vorn § 2 I.2.

33. Vgl. vorn § 2 I.2.

§ 13 Legitimation zur Beschwerde

Zur Begründung des Beschwerderechts bedarf es ausser der Beschwerdefähigkeit noch eines weiteren Requisites, nämlich der Legitimation zur Beschwerde ¹. Das Gesetz sagt in Art. 1/ SchKG nur, dass Beschwerde geführt werden kann. Ueber die Legitimation spricht es sich nicht aus ².

In Analogie zum Zivilprozess - § 51 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass auf die Klage nur einzutreten sei, soweit ein rechtliches Interesse an ihrer Beurteilung besteht und Abs. 2 setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist, damit auf ein Rechtsmittel eingetreten werden muss - wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird ³. Ein rein faktisches Interesse genügt nicht. Es wird zusätzlich gefordert, dass ein Eingriff in die Rechtssphäre des Beschwerdeführers vorliegt, damit es sich um ein rechtlich geschütztes Interesse handelt ⁴.

-
1. "Als Sachlegitimation wird die Berechtigung bezeichnet, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis
 1. als Kläger in eigenem Namen geltend zu machen (Aktivlegitimation des Klägers),
 2. es diesem Beklagten gegenüber geltend zu machen (Passivlegitimation des Beklagten)." Guldener, S. 139.
 2. In einem Spezialfall bestimmt das Gesetz (SchKG Art. 239 Abs. 1), dass die Beschlüsse der Gläubigerversammlung von jedem Gläubiger auf dem Beschwerdeweg angefochten werden können.
 3. BGE 101 III 45; 99 III 68 E 1; 95 III 28; 94 III 88 E 3; 88 III 28; 79 III 5.
 4. Jaeger, N 2 zu Art. 17; Blumenstein, S. 81; Favre, S. 65.

- 1. -

Es muss ein aktuelles Rechtsschutzinteresse vorliegen, d.h. dass einerseits die Verletzung im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits erfolgt sein muss⁵ und andererseits die Beschwerde nicht bereits gegenstandslos geworden ist⁶. Eine Beschwerde kann dadurch gegenstandslos werden, dass das Amt den betreffenden Akt widerruft⁷, die verweigerte oder verzögerte Verfügung erlässt⁸, oder dass sie bereits vollstreckt ist und nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Gegenstandslos ist eine Beschwerde auch dann, wenn eine Verfügung noch nicht erlassen, sondern z.B. erst angekündigt worden ist⁹. Ganz allgemein muss stets die Möglichkeit einer wirksamen Berichtigung der angefochtenen Verfügung bestehen¹⁰.

5. BGE 96 III 44 E c.

6. BGE 99 III 62; 86 III 109 E 2; Fritzsche, S. 42 f.

7. Ein Widerruf durch das verfügende Amt kann nur solange erfolgen, als dagegen nicht Beschwerde erhoben worden ist und diese ihren vollen Devolutiveffekt entfaltet hat (BGE 97 III 5). A.M. Fritzsche, S. 51 und dort angeführte (ältere) Entscheide. Wird keine Beschwerde erhoben, so kann der Widerruf innert der Beschwerdefrist erfolgen, es sei denn, es liege eine Verletzung absolut zwingenden Rechts vor. Ist dies der Fall, so kann der Beschwerdeentscheid auch nach Ablauf der Beschwerdefrist noch aufgehoben werden. Vgl. Sorg, S. 46 Anm. 13; Fritzsche, S. 51.

8. ZR 60 93.

9. Sorg, S. 47.

10. Fritzsche, S. 43; BGE 99 III 62.

Gewöhnlich hat der betreibende Gläubiger ein Rechtsschutzinteresse. Der Pfändungsgläubiger ist beispielsweise legitimiert, die Ausscheidung von Gegenständen, denen keine Kompetenzqualität zukommt, anzufechten ¹¹. Die Konkursgläubiger sind solange zur Beschwerde berechtigt, als ihre Forderungen nicht endgültig aus dem Kollokationsplan ausgeschieden wurden ¹², sofern ihre Kollokationsklagen nicht zum vornherein als aussichtslos erscheinen ¹³. Sie können Verfügungen der Konkursverwaltung und Beschlüsse der Gläubigerversammlungen anfechten, sofern sie dadurch in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt sind.

Auch der Schuldner besitzt ein weitgehendes Beschwerde-recht ¹⁴. Ein häufiger Beschwerdeggrund ist die Verletzung von Art. 92 oder 93 SchKG ¹⁵. Der Gemeinschuldner ist insbesondere befugt, Verfügungen über die Verwertung von Aktiven oder betreffend die Erfassung und Sicherung von Vermögenswerten der Konkursmasse anzufechten ¹⁶.

11. B1SchK 1966 S. 135.

12. BGE 53 III 109. Auch ein nicht anerkannter Konkursgläubiger ist zur Beschwerde befugt, solange seine Forderung noch Gegenstand eines hängigen Rechtsstreites bildet (BGE 90 III 86).

13. BGE 53 III 111.

14. Favre, SJK 679 S. 3; ZR 44 172; BGE 86 III 57.

15. BGE 102 III 138; 75 III 79; 68 III 115; 66 III 47; 62 III 138; ZR 60 6.

16. BGE 95 III 28; 94 III 88 E 3; 94 III 83; 88 III 28.

Die Konkursverwaltung - sei es eine amtliche oder eine ausseramtliche - hat die Interessen der Masse zu wahren. Sie ist daher befugt, im Namen der Masse Beschwerde zu führen, falls die rechtlich geschützten Interessen der Gläubiger oder des Gemeinschuldners verletzt sind ¹⁷. Die Konkursverwaltung ist jedoch dann nicht zur Beschwerde legitimiert, wenn nur einzelne Gläubiger betroffen sind ¹⁸. Die Stellung des Sachwalters im Nachlassverfahren ist ähnlich ¹⁹. Auch er kann im Interesse der Gläubigergesamtheit Beschwerde führen ²⁰. Ebenso hat der Gläubigerausschuss im Rahmen seiner Kompetenzen als zur Beschwerde legitimiert zu gelten ²¹.

Dritte sind ebenfalls zur Beschwerde befugt, sofern ihre rechtlich geschützten Interessen durch betreibungsrechtliche Anordnungen verletzt worden sind. Legitimiert sind also nur Personen, die infolge bestimmter Verhältnisse zu dem betreffenden Betreibungsverfahren in direkte Beziehung getreten sind ²².

17. BGE 97 III 96; 96 III 107 E 1; 85 III 91; 75 III 21 E 1; 55 III 64; 54 III 101; 39 I 281 E 1.

18. Blumenstein, S. 84; Jaeger, N 2 zu Art. 17; Sorg, S. 51; Deggeller, S. 79.

19. Jaeger, N 4 zu Art. 295.

20. Sorg, S. 50; Deggeller, S. 80; Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 17.

21. Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 17; BGE 40 III 39. Das einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses kann einen Beschluss anfechten, der zustande gekommen ist, ohne dass es Gelegenheit gehabt hätte, dabei mitzuwirken (Jaeger/Daeniker, N 10 zu Art. 237; BGE 51 III 163).

22. Jaeger, N 2 zu Art. 17; Blumenstein, S. 83; Favre, S. 66; Fritzsche, S. 43; BGE 99 III 68 E 1; 96 III 61; ZR 49 112; 41 80.

Dazu gehören Pfandgläubiger, Drittsprecher gepfändeter oder zur Konkursmasse gezogener Vermögensobjekte, Bieter an einer Steigerung, Bürgen des Schuldners usw.²³.

Drittsprecher von Gegenständen, die in das Vollstreckungsverfahren einbezogen wurden, zählen nicht dazu. Sie können ihre Ansprüche im Widerspruchsverfahren geltend machen²⁴. Zur Beschwerde sind sie nur dann legitimiert, wenn das Amt die Ansprache nicht ordnungsgemäss vorgemerkt oder das Widerspruchsverfahren nicht oder in gesetzwidriger Weise durchgeführt hat²⁵.

Die Familienmitglieder des Schuldners besitzen ein eigenes Beschwerderecht bei der Pfändung von Gegenständen, die sie gemäss Art. 92 Ziff. 1 - 5 SchKG als nicht nur dem Schuldner, sondern auch ihnen persönlich unentbehrlich beanspruchen²⁶. Während es das Bundesgericht in BGE 66 III 47 noch ablehnte, die Beschwerdelegitimation auch in Fragen der Lohnpfändung auf die Angehörigen des Schuldners auszudehnen, änderte es später seine Rechtsprechung und entschied in BGE 82 III 55, dass die Angehörigen an der Erhaltung des unumgänglich notwendigen Lohneinkommens des Schuldners ein gesetzlich geschütztes Interesse haben und somit persönlich - und nicht nur als Stellvertreter des Schuldners - zur Beschwerde legitimiert sind.

23. Vgl. dazu die ausführlichen Zusammenstellungen bei Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 17; Jaeger, N 2 zu Art. 17; Blumenstein, S. 83; Sorg, S. 51 ff.; Favre, S. 66.

24. SchKG Art. 106 ff.

25. ZR 49 112; 41 80; Sorg, S. 53.

26. BGE 91 III 55; 88 III 104; 82 III 54; Favre, S. 66.

Passivlegitimiert ist - wie wir vorne ²⁷ festgestellt haben - immer das Amt oder die ihm gleichgestellten Behörden. Es ist daher begrifflich unmöglich, dass diese Stellen ebenfalls aktiv legitimiert sein können ²⁸. Es kann jedoch sein, dass die Beamten nicht in ihrer eigentlichen Vollstreckungsfunktion auftreten, sondern die Aufgabe übernehmen, andere Interessen zu vertreten und insofern zur Beschwerdeerhebung legitimiert sind. Dies trifft für das Konkursamt zu, das als Konkursverwaltung die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren hat ²⁹, für das Vollstreckungsamt, das als Organ des Kantons fiskalische Interessen geltend macht ³⁰ oder für den Beamten, der in seinen persönlichen materiellen Interessen verletzt ist ³¹. Uneinigkeit besteht darüber, ob das Vollstreckungsamt gegen ein um Rechtshilfe ersuchtes Amt Beschwerde erheben kann. Das Bundesgericht spricht dem ersuchenden Amt diese Kompetenz ab. Es vertritt die Auffassung, der an der verlangten Massnahme Interessierte sei durch das ersuchende Amt zu informieren, so dass dieser selbst gemäss Art. 17 SchKG Beschwerde erheben könne ³².

27. Vgl. vorn § 2 bei Anm. 21 und § 7 I.

28. Blumenstein, S. 84; vgl. jedoch Jaeger, N 2 zu Art. 17 betreffend den Spezialfall bei verweigerter Rechtshilfe.

29. BGE 97 III 96; Blumenstein, S. 84; Ziegler, SJZ 25 S. 54; Jaeger, N 2 zu Art. 17.

30. BGE 102 III 161; 53 III 148 E 1; beachte dazu auch Anm. 29.

31. ZR 44 168. Genau genommen handelt es sich hier nicht um die Frage der Legitimation zur Beschwerde, sondern um die Legitimation zum Rekurs, denn der Beamte kann erst durch die Aufsichtsbehörde in seinen Interessen verletzt werden. Ebenso Ziegler, SJZ 25 S. 53; vgl. auch GT Art. 15.

32. BGE 71 III 75.

Jaeger verlangt - zumindest für den Fall der Rechtsverweigerung - dass dem ersuchenden Amt die Beschwerdelegitimation zugesprochen werde ³³. Die Rechtsprechung in den Kantonen folgt der Auffassung Jaegers und begründet dies damit, dass für den ersuchenden Beamten die Gefahr besteht, selber wegen Rechtsverweigerung oder -verzögerung ins Recht gefasst zu werden, und er daher in seinen persönlichen und materiellen Interessen beeinträchtigt ist. Die Ausnahme rechtfertigt sich umsomehr, als die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen einschreiten können und sollen, falls ihnen eine Rechtsverweigerung bekannt wird ³⁴.

33. Jaeger, N 2 zu Art. 17.

34. Kantonsgericht Graubünden, BLSchK 1958 S. 115;
Kantonsgericht Luzern, BLSchK 1976 S. 6.

3. Kapitel Verfahrensgrundsätze

§ 14 Offizialmaxime - Verhandlungsmaxime

Die Verhandlungsmaxime überlässt es den Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen ¹. Der Richter darf das Urteil nur auf Tatsachen aufbauen, die im Prozess von einer Partei behauptet und - sofern von der Gegenpartei bestritten - bewiesen worden sind ². Die Verhandlungsmaxime charakterisiert den Zivilprozess weitgehend. Sie ist der dem Zivilprozess eigentümliche Grundsatz ³. Wo es im Zivilprozess jedoch um Rechtsverhältnisse geht, die vom Privatrecht der freien Verfügungsgewalt der Parteien entzogen sind, schränkt die Offizialmaxime die Verhandlungsmaxime wesentlich ein ⁴. Während bei der Verhandlungsmaxime die Sammlung des Prozessstoffes den Parteien obliegt, hat sich bei der Offizialmaxime auch der Richter an der Zusammenstellung

1. Guldener, S. 159; Walder, S. 191; Kummer, S. 77; Kölz, S. 7.

2. Walder, (Offizialmaxime) S. 7.

3. Kummer, S. 77; Sorg, S. 56; vgl. ZPO § 54 Abs. 1.

4. Walder, (Offizialmaxime) S. 8; Meier, S. 3; ZPO § 54 Abs. 3.

des Prozessstoffes zu beteiligen⁵. Das ist so zu verstehen, dass es - auch wo die Offizialmaxime gilt - in erster Linie Sache der Parteien ist, das Tatsachenmaterial dem Gericht zu unterbreiten und die Beweismittel zu nennen. Das Gericht hat zu prüfen, ob die Zugeständnisse der Parteien wahr und ihre Tatsachenbehauptungen vollständig sind. Wird eine rechtserhebliche Tatsache nicht bewiesen, so ist auch unter Herrschaft der Offizialmaxime zu Ungunsten jener Partei zu entscheiden, welche die Beweislast trägt⁶.

-
5. Guldener, S. 169; Walder, (Offizialmaxime) S. 6. Nach Kölz (S. 7) ist bei der Offizialmaxime (in seiner Terminologie Untersuchungsmaxime sofern als Gegensatz zur Verhandlungsmaxime gedacht) allein der Richter für die Beschaffung des Tatsachenmaterials zuständig. Dies ist ein Ausfluss seiner Terminologie. In ihr stehen sich jeweils auf der selben Ebene zwei Maximen diametral gegenüber. Sie eignen sich daher als Vergleichsgrundlage. Je nach Prozessart überwiegt dann die eine oder andere Maxime. So dominiert im Zivilprozess grundsätzlich die Verhandlungsmaxime, daneben beansprucht jedoch auch die Offizialmaxime (Untersuchungsmaxime) eine gewisse Geltung. Im Folgenden halte ich mich an die im schweizerischen Zivilprozessrecht übliche Terminologie (vertreten durch Guldener, Walder, Sträuli, Messmer und ähnlich auch Kummer).
6. Guldener, S. 169.

Nach dem Grundsatz der Offizialmaxime erfolgt in allen Prozessen die Feststellung der Tatsachen, welche Prozessvoraussetzung bilden ⁷. Dies gilt auch für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren ⁸. So hat die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen, wie Rechtzeitigkeit ⁹, Zuständigkeit ¹⁰, Partei- und Prozessfähigkeit und Rechtsschutzinteresse zu überprüfen ¹¹.

Auch für die Sammlung des tatsächlichen Prozessstoffes gilt im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren die Offizialmaxime ¹². Die Aufsichtsbehörden können von sich aus zur Abklärung des Sachverhaltes die geeigneten Beweisanordnungen treffen, wie Zeugeneinvernahmen ¹³, Einholung von Gutachten ¹⁴ usw.

-
7. Guldener, S. 170; Sträuli/Messmer, N 16 zu § 54. Walder, (Offizialmaxime S. 29 Anm. 95) schlägt vor, in diesem Zusammenhang statt des Ausdrucks "Offizialmaxime" den des "Handelns von Amtes wegen" zu verwenden, da die Prozessvoraussetzungen, unabhängig davon, ob der Prozess seinem Thema nach der Offizial- oder der Verhandlungsmaxime untersteht, vom Richter in dem ihm zumutbaren Mass ex officio zu überprüfen sind.
 8. BGE 102 III 127; Jaeger, N 9 zu Art. 17.
 9. BGE 102 III 127; Sorg, S. 58.
 10. Sorg, S. 58
 11. Vgl. Walder, S. 251 Anm. 4.
 12. GVG § 109 Abs. 3 in Verbindung mit § 111; ZR 60 6; 46 2; BGE 97 III 14; 91 III 93 f. 3; 84 III 21; Sorg, S. 58.
 13. BGE 86 III 47; ZR 29 10: die Zeugengebühr ist allenfalls vom Staat zu tragen.
 14. ZR 41 79; 26 29.

Sie können auch ohne weitere Beweiserhebung die Angaben des Betreibungs- oder Konkursamtes ihrem Entscheid zugrundelegen, sofern sie diese als richtig erachten ¹⁵. Das Bundesrecht steht dem nicht entgegen. Doch sind auch im Beschwerdeverfahren die Parteien neben der Aufsichtsbehörde zur Beschaffung des Tatsachenmaterials und der Beweise verpflichtet. Denn im Beschwerdeverfahren gilt ähnlich wie in gewissen Zivilprozessen ¹⁶ nicht eine reine Officialmaxime, wie sie etwa im Strafprozess zur Anwendung kommt ¹⁷. Daher erklärt das Bundesgericht in BGE 97 III 14 Art. 8 ZGB auch auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren für sinngemäss ¹⁸ anwendbar, sofern nicht die Officialmaxime gilt.

15. BGE 97 III 14; 82 III 106 E 2; ZR 42 136.

16. Vgl. vorn bei Anm. 4 des § 14.

17. Vgl. BGE 97 III 14; 84 III 21; Sorg, S. 58; Favre, SJK 679 S. 5.

18. Kummer, Berner Kommentar N 54 zu Art. 8: "In den rein betreibungsrechtlichen Streitverfahren ist, weil nur öffentliches Recht betroffen, der Art. 8 unmittelbar nicht anwendbar. Da er aber ein ganz allgemeines, nach Gesichtspunkten gerechter Ordnung und brauchbarer Rechtsverwirklichung beinhaltendes Prinzip zum Ausdruck bringt und die Einheitlichkeit der Bundesgesetzgebung im Rahmen des sachgemäss Möglichen anzustreben ist, drängt sich auf, die betreibungsrechtliche Beweislastverteilung (wo im Einzelfall nicht ausdrücklich geordnet) der aus Art. 8 hervorgehenden privatrechtlichen anzugleichen."

- -

Art. 8 ZGB ist aber auch dann anzuwenden, wenn es den Aufsichtsbehörden trotz amtlicher Beweiserhebung nicht gelungen ist, den Sachverhalt vollständig abzuklären. In diesem Fall hat die Aufsichtsbehörde zu Ungunsten jener Partei zu entscheiden, die nach der allgemeinen Beweisregel beweispflichtig gewesen wäre^{19,20}.

19. Sorg, S. 58; Guldener, S. 169.

20. Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass - wenn es um die Kompetenzqualität eines Gegenstandes geht (Art. 92 SchKG) - Art. 8 ZGB nicht anwendbar sei, da die Verfügung oder Entscheidung sich hier nicht auf Parteibehauptungen, sondern auf amtliche Feststellungen stützen müsse (BGE 86 III 47). M.E. hat Art. 8 ZGB sinngemäss jedoch auch bei der Frage der Unpfändbarkeit zu gelten, falls die amtliche Beweiserhebung nicht schlüssig ist (Vgl. Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts 1968 S. 25). Andernfalls könnte kein Entscheid ergehen (Vgl. Sorg, S. 58; Jaeger, N 6 zu Art. 19).

§ 15 Offizialmaxime - Dispositionsmaxime

Die Offizialmaxime steht nicht nur im Gegensatz zur Verhandlungs-, sondern auch zur Dispositionsmaxime ¹. Wird ein Verfahren von der Dispositionsmaxime beherrscht, so haben die Parteien das Recht, das Verfahren auszulösen, den Streitgegenstand zu bestimmen und das Verfahren durch Anerkennung, Vergleich oder Klagerückzug zu beenden ². In einem von der Offizialmaxime beherrschten Verfahren dagegen können die Parteien nicht allein darüber verfügen, was streitig ist. Sie können das Verfahren auch nicht durch Anerkennung, Vergleich oder Klagerückzug beenden, wenn das materielle Recht eine entsprechende vertragliche Rechtsänderung ausschliesst. Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse bleibt dem Richter überlassen ³. Im Beschwerdeverfahren gilt wiederum keine dieser Maximen rein. "Das Bundesprivatrecht stellt die Ausübung von Privatrechten in das Belieben des Berechtigten; ihm bleibt überlassen, seine Rechte gerichtlich gelten zu machen oder davon abzusehen" ⁴.

-
1. Guldener, S. 149; Walder, (Offizialmaxime) S. 7.
Andere Einteilung bei Kölz, S. 4 ff.
 2. Kölz, S. 4; Guldener, S. 148 ff.; Walder, S. 187.
 3. Sträuli/Messmer, N 17 zu § 54; Guldener, S. 168 ff;
Walder, (Offizialmaxime) S. 8.
 4. Guldener, ZSR nF 80 II (1961) S. 40.

Auch das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren dient dem Schutz von Individualinteressen⁵. Es wird daher nicht von Amtes wegen eröffnet, sondern nur auf Antrag des Beschwerdeführers. Dies ergibt sich aus Art. 17 SchKG. Der Grundsatz des Zivilprozesses "ne procedat iudex ex officio"⁶ gilt somit auch hier.

Auch die Bestimmung des Umfangs der Streitsache steht dem Beschwerdeführer zu⁷. "Kann das Individuum selbst darüber befinden, ob es überhaupt eine betreibungsrechtliche Anordnung anfechten will, so muss es a maiori minus auch den Umfang der Streitsache bezeichnen können"⁸. Der zivilprozessuale Grundsatz "ne eat iudex ultra petita partium"⁹ gilt daher auch für das Beschwerdeverfahren. Die Aufsichtsbehörde darf somit nur über jene Punkte entscheiden, die vom Beschwerdeführer eingeführt worden sind¹⁰. Auch nach Rechtshängigkeit der Beschwerde können die Parteien weitgehend über den Streitgegenstand verfügen.

5. Sorg, S. 3.

6. Walder, S. 187 Anm. 1; Guldener, S. 148; Kummer, S. 81; Kölz, S. 5.

7. ZR 46 24; BGE 54 III 194 E 2.

8. Sorg, S. 56.

9. Walder, S. 187 Anm. 5.

10. ZR 46 24.

So kann der Beschwerdeführer seine Beschwerde zurückziehen ¹¹. Damit anerkennt er die angefochtene Verfügung. Diese Möglichkeit steht dem beklagten Amt nicht zu. Es kann seine Verfügung wohl bis zum Ablauf der Beschwerdefrist widerrufen ¹². Danach ist jedoch auch das Amt an seine eigene Verfügung gebunden - es sei denn, sie sei nichtig ¹³. Wurde vor Ablauf der Frist Beschwerde erhoben und hat diese ihren vollen Devolutiveffekt entfaltet, so kann das Amt seine Verfügung - sei sie nichtig oder bloss anfechtbar - nicht mehr selber aufheben ¹⁴. Daraus folgt aber, dass das beklagte Amt auch nicht befugt ist, die Beschwerde anzuerkennen und dadurch das Verfahren zum Abschluss zu bringen ¹⁵. Denn dies käme der Aufhebung der von ihm erlassenen Verfügung gleich. Daneben ist auch zu berücksichtigen, dass das Amt nicht die Stellung einer Partei hat ¹⁶. Auch dies ist mit ein Grund dafür, dass es nicht über den Streitgegenstand verfügen kann ¹⁷.

Wie wir vorne ¹⁸ festgestellt haben, kommt auch dem Beschwerdegegner nur eine parteiähnliche Stellung zu. Es ist daher fraglich, inwieweit er befugt ist, über den Streitgegenstand zu verfügen. Im Gegensatz zum beklagten Amt hat der Beschwerdegegner das Recht, den Beschwerdeentscheid durch Rekurs weiterzuziehen.

11. Sorg, S. 83.

12. BGE 78 III 51; 76 III 88 E 1.

13. BGE 78 III 51.

14. BGE 97 III 5; 96 III 118 E b; a.M. noch BGE 78 III 51 E 1; 76 III 88 E 1.

15. Ebenso (mit anderer Begründung) Sorg, S. 83.

16. Vgl. vorn § 21.

17. Sorg, S. 83.

18. Vgl. vorn § 21.

Er ist im allgemeinen auch berechtigt, die gleichen Parteivorkehrungen zu treffen, wie der Beschwerdeführer selbst ¹⁹. Aus diesen und auch aus prozess-ökonomischen Gründen muss dem Beschwerdegegner das Recht zukommen, die Beschwerde anzuerkennen ²⁰. Auch ein Vergleich zwischen Beschwerdeführer und -gegner ist allenfalls möglich. Meist werden diese Vergleiche jedoch privat abgeschlossen und der Beschwerdeführer zieht anschliessend einfach seine Beschwerde zurück. Abschreibungsbeschlüsse wegen Vergleichs sind daher selten ²¹.

Bei der Frage der Klageänderung kommt die Dispositionsmaxime jedoch nicht zum Durchbruch. Denn nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist es nicht mehr möglich, die Beschwerdeanträge oder -gründe abzuändern ²². Das Gegenteil hätte praktisch die Erstreckung der bundesrechtlichen Frist durch das kantonale Recht zur Folge. Dies kann nicht zulässig sein.

19. Vgl. vorn § 21.

20. Ist beispielsweise die Kompetenzqualität eines Gegenstandes streitig und der Gläubiger verzichtet von sich aus auf dessen Pfändung, so ist es nicht sinnvoll, in einem Beschwerdeverfahren die Pfändbarkeit oder Unpfändbarkeit dieses Gegenstandes durch die Aufsichtsbehörde feststellen zu lassen (Bsp. aus Sorg, S. 83 f.).

21. Sorg, S. 96.

22. Sorg, S. 83.

§ 16 Eventualmaxime

Ein weiterer Verfahrensgrundsatz des Zivilprozessrechts ist die Eventualmaxime. Sie besagt, dass die Parteien innerhalb eines bestimmten Prozessabschnittes sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen müssen. Weiteres Vorbringen ist danach ausgeschlossen¹. Dieser Grundsatz verstärkt die Wirkung der Verhandlungsmaxime wesentlich². Wegen der grundsätzlichen Geltung der Officialmaxime³ und des Prinzips der richterlichen Rechtsanwendung⁴ hat die Eventualmaxime im Beschwerdeverfahren aber eine relativ geringe Bedeutung⁵.

Gemäss § 121 Abs. 1 ZPO (mündliches Verfahren) und § 126 - 128 ZPO (schriftliches Verfahren) haben die Parteien im Zivilprozess grundsätzlich je zwei Vorträge. Im Rekursverfahren - das auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren analog angewendet wird⁶ - findet grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt (Rekursbegründung § 276 ZPO und Rekursantwort § 277 ZPO)⁷. Die Aufsichtsbehörden sind denn auch dieser Regelung gefolgt⁸. So hat der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift einen Antrag⁹ zu stellen und ihn zu begründen¹⁰.

-
1. Walder, S. 211; Guldener, S. 181; Kölz, S. 9 f.; ZPO § 13 und 14.
 2. Walder, S. 211.
 3. Vgl. vorn § 14.
 4. Vgl. hinten § 17.
 5. Ähnlich ist es im Verwaltungsprozess, vgl. Kölz, S. 10.
 6. Vgl. vorn Einleitung.
 7. Sträuli/Messmer, N 4 zu § 277.
 8. BGE 99 III 21 E 6; Sträuli/Messmer, N 1 in Verbindung mit N 2 zu Vorbemerkungen zu § 271 ff.; Sorg, S. 90.
 9. ZR 47 33; 46 24; 44 169; Jaeger, N 6 zu Art. 17.
 10. ZR 49 48; 47 33; 44 170; Jaeger, N 6 zu Art. 17.

Mit Vorteil bietet er in seiner Rechtsschrift auch die erforderlichen Beweismittel an ¹¹. Andernfalls hat er eventuell keine Möglichkeit mehr, seine Beweisanträge zu stellen, da ja üblicherweise nur ein Schriftenwechsel erfolgt und die zur Aufklärung des Sachverhaltes dienenden Beweisaufnahmen von Amtes wegen anzuordnen sind. Der Beschwerdeführer hat seine Rechtschrift vollständig und formgerecht innert der gesetzlich vorgeschriebenen Frist einzureichen ¹².

Dem Beschwerdeführer kommt als einzigem eine eigentliche Parteistellung zu. Sowohl die verfügende Behörde - oder beim Rekurs die entscheidende Vorinstanz - als auch die übrigen am Ausgang des Beschwerdeverfahrens rechtlich interessierten Personen sind nur Partei in formeller Hinsicht ¹³. Diese Personen und Behörden vertreten zu- meist das dem Interesse des Beschwerdeführers entgegen- gesetzte Interesse. Sie werden von der Aufsichtsbehörde zur Vernehmlassung eingeladen ¹⁴. Ihre Ausführungen sollen zur Abklärung des Sachverhaltes beitragen.

Bis vor kurzem bestand für die kantonalen Aufsichtsbe- hörden keine Pflicht zur Einholung von Vernehmlassungen ¹⁵. In BGE 101 III 68 entschied das Bundesgericht aber, dass der Rekursgegner angehört werden müsse ¹⁶.

11. Vgl. hinten § 24 III.2.d.

12. Vgl. hinten § 24 III.

13. Vgl. vorn § 2 I.1.

14. OA Ziff. 24 Abs. 2.

15. BGE 54 III 47 E 1; 24 I 729; Sorg, S. 89; Jaeger, N 6 zu Art. 17.

16. Vgl. hinten § 19 I. und § 25 III.

Dies ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über den Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Recht auf Beschwerdeantwort und Stellungnahme ist durch das Bundesrecht (Art. 4 BV) garantiert. Die kantonalen Aufsichtsbehörden sind somit verpflichtet, dem Beschwerdegegner die Möglichkeit zu geben, sich in seiner Vernehmlassungsschrift zur Beschwerde zu äussern ¹⁷.

Den an der Beschwerde interessierten Personen und Behörden wird für ihre Eingaben eine angemessene Frist eingeräumt ¹⁸. Die Vernehmlassung des Beschwerdegegners hat prozessual die Bedeutung einer Beschwerdeantwort. Funktionell entspricht sie der Klageantwort im Zivilprozess ¹⁹. Die Eventualmaxime spielt für den Beschwerdegegner praktisch keine Rolle, da die von der Aufsichtsbehörde angesetzte Frist erstreckt werden kann ²⁰ und zudem für das Beschwerdeverfahren grundsätzlich die Offizialmaxime gilt ²¹.

Der Vernehmlassung des beklagten Amtes kommt nur die Bedeutung einer amtlichen Ansichtsäusserung zu ²².

§ 168 ZPO findet analog Anwendung ²³.

17. Vgl. hinten § 25 III.

18. Hier kann ZPO § 277 analog angewendet werden.

19. Sorg, S. 90. Die Vernehmlassung des Beschwerdegegners kann - bei einem Vergleich mit dem Rekurs - der Rekursantwort (ZPO § 277) gleichgestellt werden.

20. Vgl. ZPO § 277. Eine richterliche Frist kann erstreckt werden.

21. Tinner, S. 386.

22. Blumenstein, ZBJV 68 371.

23. Walder, Vorlesung SchKG I SS 1976.

Ein zweiter Schriftenwechsel ²⁴ ist wegen Wahrung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise dann anzuordnen, wenn die Vernehmlassungsschriften Nova enthalten, neue Beweismittel angeben oder der Sachverhalt ganz allgemein noch einer weiteren Abklärung bedarf ²⁵.

24. Replik, Duplik. Der Beschwerdeführer ist in seinem zweiten Vortrag nicht mehr berechtigt, weitere beschwerdebegründende Tatsachen vorzubringen. Er ist nur noch berechtigt, zu den Einwendungen des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen. Dies gilt sinngemäss auch für den zweiten Vortrag des Beschwerdegegners.

25. Vgl. Sträuli/Messmer, N 4 zu § 277.

§ 17 Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung

§ 57 Abs. 1 ZPO bestimmt: "Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an." Diese Bestimmung steht im Gegensatz zu § 54 Abs. 1 ZPO, wonach es Sache der Partei ist, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen^{1,2}. Für den Zivilprozess gilt somit, dass der Richter die Rechtssätze von sich aus und unabhängig von ihrer Anführung durch die Parteien zu verwirklichen hat³. Das gilt sowohl bei der ersten Instanz als auch bei den vollkommenen Rechtsmitteln^{4,5}. Eine Einschränkung des Grundsatzes erfolgt durch den Umfang des Streitgegenstandes⁶.

Auch die betreibungsrechtliche Beschwerde ist ein vollkommenes Rechtsmittel⁷. Denn auf dem Beschwerdeweg können alle betreibungsrechtlichen Anordnungen gerügt werden. Die kantonalen Aufsichtsbehörden nehmen sowohl Rechts- als auch Ermessenskontrollen vor⁸. Sie überprüfen die Tatbestandsfeststellung und die Rechtsanwendung und zwar nicht nur bei krassen Verstössen, sondern schlechthin⁹.

-
1. Walder, S. 219.
 2. Weiter ist im Grundsatz "iura novit curia" enthalten, dass die Parteien auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen weder einseitig noch einverständlich Einfluss nehmen können und dass sie bei der Prozessführung von der Kenntnis des Rechts dispensiert sind (vgl. dazu Meier, S. 3 ff.).
 4. Walder, S. 219.
 5. Ein vollkommenes Rechtsmittel berechtigt die Rechtsmittelinstanz zur vollumfänglichen Ueberprüfung des Entscheides einer unteren Instanz (Walder, S. 219 und S. 424).
 6. Weitere Einschränkungen bestehen hinsichtlich der Anwendung fremden Rechts und bei ausserordentlichen Rechtsmitteln. Vgl. dazu im Einzelnen Meier.
 7. BGt 85 III 118.
 8. Sorg, S. 95.
 9. Walder, S. 414.

Der Grundsatz *jura novit curia* gilt daher auch für das Beschwerdeverfahren¹⁰. Die Aufsichtsbehörden haben also das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Sie sind dabei nicht an die Anträge der Parteien gebunden, sondern zur Prüfung der ganzen Sache sowie zum Erlass aller von ihnen als dem Recht entsprechend erachteten Entscheidungen berechtigt¹¹. Die Aufsichtsbehörden haben nicht nur die Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes und die Vollziehungsverordnungen dazu anzuwenden, sondern alle in Frage kommenden Rechtsätze. So sind die Aufsichtsbehörden ebenfalls kompetent zur Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen¹².

Aus dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung lässt sich weiter entnehmen, dass die Parteien von Rechtserörterungen befreit sind¹³. Auf diese Weise soll es auch der rechtsunkundigen Partei ermöglicht werden, ihr Recht durchzusetzen. Dies gilt grundsätzlich auch im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren.

Wohl muss die Beschwerdeschrift ein Rechtsbegehren, d.h. einen Beschwerdeantrag enthalten¹⁴. Ergibt sich jedoch aus der Beschwerdebegründung, dass das Rechtsbegehren unrichtig ist, so hat die Aufsichtsbehörde ungeachtet des falschen Antrages auf das wirklich beabsichtigte Begehren abzustellen¹⁵. Keinesfalls ist aber der Beschwerdeführer verpflichtet, die einschlägigen Gesetzesbestimmungen anzurufen¹⁶.

10. ZR 44 169; Jaeger, N 6 zu Art. 17.

11. Favre, SJK 679 S. 7; Jaeger, N 6 zu Art. 17.

12. BGE 101 III 713.

13. Meier, S. 135 ff.

14. ZR 59 91; 47 33; 44 169.

15. ZR 44 169.

16. Sorg, S. 80.

§ 18 Grundsatz der richterlichen Prozessleitung

I. Die formelle richterliche Prozessleitung

Es geht hier um die Frage, wer den äusseren Gang des Verfahrens festlegt. In einem Verfahren, in dem der Grundsatz der formellen richterlichen Prozessleitung (Amtsbetrieb) gilt, erfolgen Terminbestimmungen, Ladungen, Zustellungen von Urteilen usw. von Amtes wegen¹. Gilt dagegen in einem Verfahren Parteibetrieb (Parteiherrschaft), so nimmt der Richter solche Handlungen nur auf Parteianstoss hin vor².

Das zürcherische Recht sieht richterliche Prozessleitung vor³. Das Gericht hat somit nicht nur die materiellen, sondern auch die prozessualen Vorschriften von Amtes wegen anzuwenden. Wohl haben die Parteien das Recht, Anträge in Bezug auf den Gang des Verfahrens zu stellen. Letztlich entscheidet jedoch der Richter; er hat das Verfahren in Händen⁴.

Der zivilprozessuale Grundsatz der formellen richterlichen Prozessleitung ist analog auf das Beschwerdeverfahren anzuwenden⁵. So ist es Sache der Aufsichtsbehörden, das Betreibungs- oder Konkursamt und die

1. Guldener, S. 179; Walder, S. 231.

2. Guldener, S. 180; Walder, S. 231; Kölz, S. 9.

3. Walder, S. 231; Guldener, S. 179 Anm. 1; Sträuli/Messmer, § 52; GVG § 132 und 174 Abs. 2; ZPO § 52 und 53 Abs. 1.

4. Walder, S. 231.

5. Vgl. Sträuli/Messmer, Ingress N 2 zu § 271 ff.; Hauser/Hauser, Anm. 2 II Ziff. 3 b (S. 169).

übrigen an der Beschwerde interessierten Personen zur Vernehmlassung einzuladen ⁶. Sie setzt ihnen eine Frist zur Beantwortung und zur Einsendung allfälliger Beweismittel ⁷. Falls notwendig sorgt sie auch für die Ladung der Zeugen usw ⁸. Sie ist auch zuständig für die Mitteilung der Entscheide oder Erledigungsbeschlüsse an die Parteien und das beklagte Amt ⁹. Die Aufsichtsbehörde hat für eine beförderliche Prozesserledigung zu sorgen. Dies ergibt sich schon aus den Bestimmungen des SchKG ¹⁰. Auch für das Beschwerdeverfahren gilt, dass die Erstreckung richterlicher Fristen nur aus zureichenden und gehörig bescheinigten Gründen erfolgen darf ¹¹.

II. Die materielle richterliche Prozessleitung

"In bezug auf das Materielle des Rechtsstreites, das bedeutet hinsichtlich der abzuklärenden Behauptungen und der zu berücksichtigenden Beweismittel, ist das Gericht durch die Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime und Officialmaxime gebunden. Gleichwohl ist dem Richter noch ein gewisses Ermessen eingeräumt, das er - ohne von Anträgen der Parteien abhängig zu sein - von sich aus wahrnehmen darf.

6. OA Ziff. 24.

7. OA Ziff. 24 Abs. 2.

8. ZR 49 113; 25 89; Gutachten ZR 26 29.

9. OA Ziff. 25; Favre, SJK 679 S. 5.

10. Vgl. vorn Einleitung.

11. ZPO § 276, 277; GVG § 195; Sorg, S. 89; Guldener, S. 180.

Darin liegt die dem Richter überlassene Befugnis zur materiellen richterlichen Prozessleitung auf einem bestimmten Gebiet " ¹².

Da für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren grundsätzlich die Offizialmaxime gilt ¹³, kommt eine analoge Anwendung von § 142 Abs. 2 ZPO nicht in Frage. Die Aufsichtsbehörde ist ja schon dank der Geltung der Offizialmaxime zur Beweiserhebung von Amtes wegen befugt. Im Geltungsbereich der Offizialmaxime ist aber § 142 Abs. 2 ZPO überflüssig ¹⁴. Aus denselben Überlegungen ist auch die analoge Bestimmung für das Hauptverfahren (§ 131 Abs. 1 ZPO) für das Beschwerdeverfahren nicht notwendig.

12. Walder, S. 232.

13. Vgl. vorn § 14 und 15.

14. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 142.

§ 19 Rechtliches Gehör

§ 56 ZPO bestimmt, dass die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben, d.h. dass die Parteien berechtigt sind, am Prozess mitzuwirken¹. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist heute auch für das Beschwerdeverfahren selbstverständlich². Er wird auch durch Art. 4 BV garantiert³.

I. Das Aeusserungsrecht

In BGE 23 I 945 E 1 und 24 I 731 wurde ausdrücklich erklärt, dass die Gegenpartei im Beschwerdeverfahren von Bundesrechts wegen nicht angehört zu werden braucht⁴. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung über den Anspruch auf rechtliches Gehör hat sich seither jedoch wesentlich geändert: "BV 4 gewährleistet den Beteiligten im Gerichtsverfahren und unter gewissen Voraussetzungen auch im Verwaltungsverfahren das Recht, angehört zu werden, bevor eine sie berührende Entscheidung gefällt wird"^{5,6}.

-
1. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 56.
 2. BGE 101 III 68 = Pr. 64 Nr. 273.
 3. Aubert, N 1804 ff. (S. 650).
 4. Ebenso Jaeger, N 6 zu Art. 17.
 5. Pr. 64 Nr. 273.
 6. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer hat die Auslegung von Art. 81 OG der Rechtsprechung zu Art. 4 BV angepasst. So ist immer eine Rekursantwort einzuholen, wenn mit einer Beeinträchtigung der durch den angefochtenen Entscheid geschaffenen Rechtsstellung des Rekursgegners zu rechnen ist. Dies trifft selbst dann zu, wenn der kantonale Entscheid aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, sofern der neue kantonale Entscheid für den Rekursgegner eine Schlechterstellung bringen könnte (Pr. 64 Nr. 273).

Auch im Beschwerdeverfahren besteht heute ein Anspruch auf rechtliches Gehör, insbesondere ein Recht zur Entgegnung und Stellungnahme ⁷. "Ein Recht im kantonalen Beschwerdeverfahren auf die Vernehmlassung des Betreibungsamtes zu replizieren, bevor die Aufsichtsbehörde die Beschwerde beurteilt hat, besteht indessen nicht, sofern die angefochtene Verfügung nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers abgeändert, sondern durch Abweisung der dagegen erhobenen Beschwerde bestätigt wird" ⁸. Bringt die Vernehmlassungsschrift jedoch Nova, so muss der Beschwerdeführer das Recht haben, sich dazu zu äussern. Dies gilt auch in Bezug auf die Vernehmlassungsschrift des Beschwerdegegners. D.h. dass dann ein weiterer Schriftenwechsel anzuordnen ist, wenn die Vernehmlassungsschriften Nova oder neue Beweismittel enthalten ⁹. Für das beklagte Amt kann aus Art. 4 BV kein Anspruch auf rechtliches Gehör hergeleitet werden ¹⁰.

Da im Beschwerdeverfahren der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist oder mit andern Worten, da die Officialmaxime gilt, entbehrt das Verfahren einer formellen Schranke bei der Ausübung des Aeusserungsrechts. Im Zivilprozess wird diese Schranke durch die Eventualmaxime und die zeitliche Beschränkung des Novenrechts im Rechtsmittelverfahren gebildet ¹¹.

7. BGE 101 III 68 = Pr. 64 Nr. 273; BGE 99 III 21 E 6.

8. BGE 99 III 21 E 6; 89 I 16; 88 I 63.

9. Vgl. dazu die Regelung beim zivilprozessualen Rekurs: Sträuli/Messmer, N 4 zu § 277; für das Beschwerdeverfahren: Sorg, S. 90. Vgl. auch Tinner, ZSR 83 II (1964) S. 339.

10. Tinner, ZSR 83 II (1964) S. 336.

11. Tinner, ZSR 83 II (1964) S. 386.

In dem von der Offizialmaxime beherrschten Verfahren ist daher grundsätzlich auf jedes Argument einzutreten, das für die Beurteilung wesentlich erscheint, werde es nun von einer Partei oder von dritter Seite vorgebracht. Dadurch wird die beförderliche Erledigung des Verfahrens gefährdet. "Es bleibt eine Frage des Masses, in welchem Zeitpunkt das staatliche Organ den Sachverhalt als ausreichend abgeklärt erachtet und den Entscheid fällt" ¹². Die Zahl der Rechtsschriften ist daher - insbesondere im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren, das innert kurzer Zeit abgewickelt werden soll - zu beschränken.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Beschwerdeführer und Beschwerdegegner von Bundesrechts wegen zur Vernehmlassung aufzufordern sind. Ein zweiter Schriftenwechsel muss nur dann zugelassen werden, wenn die vorne erwähnten ¹³ besonderen Umstände dies mit Rücksicht auf Art. 4 BV verlangen.

II. Weitere aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs fliessenden Rechte

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich weiter, dass die Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren sich Einblick in die für die Entscheidung wesentlichen Aktenstücke zu verschaffen haben ¹⁴. Sie sind verpflichtet, sich mit dem Vorgebrachten auseinanderzusetzen und es zu würdigen ¹⁵.

12. Tinner, ZSR 83 II (1964) S. 387.

13. Vgl. vorn § 19.

14. BGE 91 III 93 E 3.

15. Walder, S. 228.

"Unter Umständen liegt in der willkürlichen Beschränkung der eigenen Ueberprüfungsbefugnis eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs" ¹⁶.

Das Akteneinsichtsrecht - das § 56 Abs. 1 ZPO noch besonders erwähnt - ist ein weiterer Aspekt des rechtlichen Gehörs ¹⁷. Daneben fliessen aus Art. 4 BV auch noch das Recht auf Mitteilung der gerichtlichen Anordnungen ¹⁸ und das Mitwirkungsrecht im Beweisverfahren ¹⁹. Das Recht auf gesetzmässige Vorladung und auf Teilnahme an den Verhandlungen ist für das Beschwerdeverfahren weniger von Bedeutung, da das Prinzip der Schriftlichkeit gilt. Mündliche Verhandlungen finden im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nur ganz ausnahmsweise statt ²⁰.

16. BGE 91 III 93 E 3; 84 I 227.

17. BGE 100 Ia 8; 95 I 106. Vgl. dazu Hauser/Hauser, N 2 zu § 186 a (S. 608); Tinner, ZSR 83 II (1964) S. 346 ff.: Sträuli/Messmer, N 7 zu § 56.

18. Vgl. hinten § 25 III.

19. Vgl. hinten § 26.

20. Sorg, S. 88.

§ 20 Grundsatz der Oeffentlichkeit

Der Grundsatz der Oeffentlichkeit ¹ bedeutet, dass auch Personen, die am Verfahren nicht beteiligt sind, Zugang zu den Verhandlungen haben ². Für das kantonale Verfahren bestimmt § 135 GVG: "Die Verhandlungen und die mündliche Eröffnung der Entscheide sind bei allen Gerichten öffentlich, am Obergericht und am Kassationsgericht auch die Urteilsberatungen." Sinn dieser Bestimmung ist "die unmittelbare Kontrolle der Rechtsprechung durch das Volk mittels eigener sinnlicher Wahrnehmungen alles dessen, was sich in einem Gerichtsverfahren zuträgt" ³. Eine unmittelbare Kontrolle ist aber nur da möglich, wo ein Prozessverfahren vollständig mündlich durchgeführt wird ⁴. Die Schriftlichkeit des Verfahrens verunmöglicht diese Kontrolle. Da im Beschwerdeverfahren grundsätzlich sämtliche Parteivorbringen in schriftlicher Form erfolgen ⁵, findet der Grundsatz der Oeffentlichkeit keine Anwendung.

Dasselbe gilt für das Rekursverfahren vor Bundesgericht. Auch hier ist das Verfahren rein schriftlich ⁶; eine mündliche Schlussverhandlung findet nicht statt ⁷. Die gerichtlichen Beratungen und Abstimmungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer sind gemäss Art. 17 Abs. 1 OG nicht öffentlich.

-
1. Gemeint ist hier die Gerichtsöffentlichkeit (Neuer, S. 39) oder allgemeine Oeffentlichkeit (Kölz, S. 14) im Gegensatz zur sogenannten Parteiöffentlichkeit.
 2. Hauser/Hauser, Anm. 2 I zu § 148 (S. 497).
 3. Neuer, S. 35.
 4. Hauser/Hauser, Anm. 2 III zu § 146 (S. 498); Neuer, S. 35.
 5. Vgl. hinten § 24, 25, 26.
 6. Deggeller, S. 102.
 7. Deggeller, S. 104.

§ 21 Rechtskraft

I. Die formelle Rechtskraft

"Die formelle Rechtskraft besteht in der (relativen) Unabänderlichkeit der Entscheidung" ¹. Sie tritt dann ein, wenn der Entscheid nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Im zürcherischen Zivilprozess ist dies dann der Fall, wenn die Frist zur Ergreifung eines ordentlichen Rechtsmittels abgelaufen ist oder - falls ein solches nicht zur Verfügung steht - mit der Fällung des Entscheides ².

Die zivilprozessuale Lehre von der formellen Rechtskraft lässt sich auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren übertragen ³. Ein Entscheid der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde kann mit dem Rekurs an die obere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden. Die Rekursfrist beträgt zehn Tage ^{4,5}. Nach unbenütztem Ablauf der Rekursfrist erwachsen die Beschwerdeentscheide in formelle Rechtskraft und werden somit auch vollstreckbar.

1. Guldener, S. 362.

2. Walder, S. 259; ZPO § 190.

3. Deggeller, S. 116 f.; Sorg, S. 101 f.

4. Bei der Wechselbetreibung beträgt die Frist nur fünf Tage (SchKG Art. 20). Ebenso bei der Beschwerde gegen Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung (SchKG Art. 239 Abs. 1).

5. Ein Entscheid der oberen Aufsichtsbehörde kann innert der zehntägigen Rekursfrist an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes weitergezogen werden (SchKG Art. 19), sofern der Rekurs zulässig ist.

Durch die Wiederherstellung der Rekursfrist kann die Rechtskraft wieder entfallen ⁶. Dies ist auch dann der Fall, wenn ein ausserordentliches Rechtsmittel ⁷ ergriffen und aufschiebende Wirkung gewährt oder das Rechtsmittel gutgeheissen wird ⁸.

II. Unabänderlichkeit des Entscheides für die urteilende Instanz

Die Instanz, welche eine Entscheidung gefällt hat, kann grundsätzlich nicht mehr darauf zurückkommen ⁹. Diese Unabänderlichkeit ist zu unterscheiden von der formellen Rechtskraft ¹⁰. Vom Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides an ist die urteilende Instanz nicht mehr berechtigt, ihren Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen ¹¹.

Dieser Grundsatz erleidet gewisse Ausnahmen. So kann eine Aufsichtsbehörde ihren Entscheid dann wieder aufheben, wenn die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung im Sinne von Art. 35 OG gegeben sind ¹². Auch prozessleitende Entscheide können nach Eröffnung bis zum Endentscheid in Wiedererwägung gezogen werden, denn die Sondernorm § 143 ZPO entspricht einem allgemeinen Grundsatz. Sie weicht von diesem nur hinsichtlich der Begründungspflicht ab ¹³. Der analogen Anwendung auf das Beschwerdeverfahren steht nichts entgegen.

6. Sträuli/Messmer, N 15 zu § 190; vgl. hinten § 22 II.4.b.

7. Gegen den Beschwerdeentscheid ist allenfalls Revision möglich. Vgl. hinten § 28.

8. Vgl. Sträuli/Messmer, N 12 zu § 190; ZPO § 294 findet allenfalls entsprechende Anwendung.

9. *Lata sententia iudex desinit iudex esse.*

10. Guldener, S. 362; Walder, S. 261.

11. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 190.

12. Birchmeier, N 5 zu Art. 35.

13. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 190.

Wie vorn ¹⁴ festgestellt wurde, können nichtige Betreibungshandlungen jederzeit von Amtes wegen festgestellt und für unbeachtlich erklärt werden. Ist die Nichtigkeit einer Betreibungshandlung von einer Aufsichtsbehörde nicht beachtet oder zu unrecht verneint worden, so stellt sich später die Frage, ob die Nichtigkeit für den ganzen weiteren Ablauf des Verfahrens "geheilt" sei. Das ist zu verneinen, da dies zu stossenden Ergebnissen führen würde. Die Parteien müssten die fehlerhafte Handlung des Betreibungsamtes und die Unaufmerksamkeit der Aufsichtsbehörde entgelten.

Trotzdem ist der in formelle Rechtskraft erwachsene Entscheid der Aufsichtsbehörde nicht als nichtig anzusehen, da es gegen die Rechtssicherheit verstossen würde, wenn die Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz einen Entscheid fällen würde und ihn schon nach kurzer Zeit als Aufsichtsbehörde wieder aufheben könnte ¹⁵. Obwohl der Entscheid gegen zwingendes Recht verstösst, ist er somit für die urteilende Instanz unabänderlich und - nachdem er in formelle Rechtskraft erwachsen ist - für die Parteien verbindlich.

Die Parteien brauchen sich jedoch nicht mit der nichtigen Betreibungshandlung beziehungsweise mit dem unkorrekten Entscheid der Aufsichtsbehörde abzufinden. Die Lösung für sie liegt in der Beschränktheit der materiellen Rechtskraft im betreibungsrechtlichen Verfahren ¹⁶. Sie können eine neue Verfügung beantragen, ohne dass ihnen die exceptio rei iudicatae entgegengehalten werden könnte ¹⁷.

14. Vgl. vorn § 5 III.1.

15. Vgl. Deggeller, S. 119.

16. Vgl. hinten III. bei Anm. 20.

17. Vgl. hinten III.

III. Die materielle Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft ist ein Mittel zur Verhütung einander widersprechender Urteile ¹⁸. Sie bewirkt, dass ein Urteil für spätere Prozesse für die von ihm betroffenen Personen verbindlich ist ¹⁹. Es ist daher einer Partei nicht möglich, mit Aussicht auf Erfolg in einem späteren Prozess ein Urteil zu beantragen, das mit dem bereits ergangenen und in Rechtskraft erwachsenen Urteil in Widerspruch steht ²⁰.

Die zivilprozessuale Lehre von der materiellen Rechtskraft lässt sich nur unter bestimmten Einschränkungen auf die betriebsrechtlichen Beschwerdeentscheide übertragen.

Ein Beschwerdeentscheid entfaltet seine Wirkung regelmässig nur innerhalb des betreffenden konkreten Vollstreckungsverfahrens ²¹. Seine materielle Rechtskraft reicht daher nicht über dasjenige Verfahren hinaus, in welches er eingreift ²². Wenn es zwischen denselben Beteiligten später zu weiteren Vollstreckungsverfahren kommt, so kann keine der Parteien die Einrede der res iudicata erheben.

Aber auch innerhalb eines konkreten Vollstreckungsverfahrens gilt die materielle Rechtskraft nur bedingt ²³.

18. Walder, S. 261; Guldener, S. 364.

19. Walder, S. 261; Guldener, S. 364.

20. Guldener, S. 364.

21. Diese Regelung gilt auch für diverse andere Klagen aus dem SchKG. Vgl. Walder, (Tafeln) z.B. Tafel 11, 14, 19, 26 usw.; Guldener, ZSR nF 74 I (1955) S. 37 ff.

22. Ebenso Deggeller, S. 118; a.M. Sorg, S. 101.

23. Deggeller, S. 118; ähnlich Sorg, S. 102 f.

Dies ergibt sich daraus, dass der Beschwerdeentscheid an die Stelle der angefochtenen Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes tritt. Der Beschwerdeentscheid ersetzt somit die angefochtene Verfügung. Kann aber innerhalb eines Vollstreckungsverfahrens eine bestimmte Verfügung aufgehoben und den veränderten Verhältnissen angepasst werden ²⁴, so muss dies auch für den sie ersetzenden Beschwerdeentscheid gelten. Es ist somit zu prüfen, inwiefern gültige betriebsrechtliche Verfügungen nach Ablauf der Beschwerdefrist auf Begehren einer Partei abgeändert werden können. Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtslage, auf Grund welcher die Verfügung ergangen ist, sich nachträglich wesentlich verändert hat.

Ist z.B. anlässlich einer Lohnpfändung die pfändbare Lohnquote durch einen Entscheid der Aufsichtsbehörde festgelegt worden, und ändert sich nun das Einkommen des Schuldners, so kann auf Antrag des Gläubigers oder Schuldners aber auch von Amtes wegen ²⁵ eine Revision erfolgen ²⁶. Die Vollstreckungsbehörden sind also berechtigt, wesentliche Veränderungen der Verhältnisse zu berücksichtigen und in der gleichen Sache eine andere Anordnung zu treffen. Auch der Beschwerdeführer kann auf Grund eines neuen Sachverhaltes (z.B. infolge des Todes eines Familienangehörigen, einer Gehaltserhöhung oder eines sonstigen Vermögenszuwachses), den-

24. Vgl. ZR 44 101; Fritzsche, S. 213.

25. Fritzsche, S. 213; a.M. ZR 44 101.

selben Betreibungsakt neuerdings anfechten²⁶. Die exceptio rei iudicatae kann ihm nicht entgegengehalten werden. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass den Beschwerdeentscheiden innerhalb des betreffenden Vollstreckungsverfahrens materielle Rechtskraft zukommt²⁷. Verändern sich jedoch die zur Zeit der Fällung des Entscheides gegebenen Verhältnisse wesentlich, so kann auf Grund des neuen Sachverhaltes eine neue Verfügung ergehen²⁸. Insofern kann von einer bedingten Wirkung der materiellen Rechtskraft gesprochen werden²⁹.

26. Auch im Zivilprozess kann sich jede Partei in einem zweiten Prozess auf die erst nachträglich eingetretenen Aenderungen der Rechtslage berufen (Guldener, S. 378). Eine Veränderung der Rechtslage aus tatsächlichen Gründen liegt jedoch nur dann vor, wenn gerade diejenigen Tatsachen eintreten oder wegfallen, welche zur Guttheissung oder Abweisung der Klage geführt haben (Guldener, S. 378 Anm. 64). Eine sonstige wesentliche Veränderung der Verhältnisse kann höchstens dann berücksichtigt werden, wenn für den betreffenden Fall eine Abänderungsklage vorgesehen ist (Guldener, S. 379).

27. Vgl. Guldener, ZSR nF 74 (1955) S. 37 ff.

28. Nicht jede Aenderung der Verhältnisse genügt jedoch, um den ergangenen Beschwerdeentscheid in Frage zu stellen. Es bedarf einer wesentlichen Aenderung und die neu vorgebrachten Tatsachen müssen zumindest glaubhaft erscheinen (BGE 47 III 192). Vgl. die Regelung im Zivilprozessrecht: Anm. 23.

29. Deggeller (S. 119) und Sorg (S. 103) umschreiben diesen Umstand so, dass sie sagen, der Beschwerdeentscheid entfalte nur unter der clausula rebus sic stantibus materielle Rechtskraft. Dies ist jedoch keine Besonderheit der Beschwerdeentscheide, sondern gilt bis zu einem gewissen Grad auch für zivilprozessuale Urteile (vgl. vorn Anm. 23; Walder, S. 283).

4. Kapitel Fristen und Kosten

§ 22 Fristen

I. Allgemeines

"Die Beschwerde muss binnen zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden" ¹. Die Frist für die Weiterziehung des Beschwerdeentscheides an die obere kantonale Aufsichtsbehörde oder deren Rekursentscheid an das Bundesgericht beträgt ebenfalls zehn Tage ². Von dieser ordentlichen Frist wird in der Wechselbetreibung - entsprechend der besonderen Strenge und der allgemeinen Beschleunigung dieser Betreibungsart - eine Ausnahme gemacht. Art. 20 SchKG bestimmt, dass bei der Wechselbetreibung für die Anhebung der Beschwerde und deren Weiterziehung die Frist jeweils fünf Tage beträgt. Ebenfalls auf fünf Tage verkürzt ist die Frist zur Anfechtung der Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung ³. Für die Weiterziehung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde oder an das Bundesgericht gilt jedoch wiederum die ordentliche Frist von zehn Tagen ⁴. Ebenfalls innert zehn Tagen können die Entscheide der weiteren Gläubigerversammlungen angefochten werden ⁵.

1. SchKG Art. 17 Abs. 2.

2. SchKG Art. 18 Abs. 1; SchKG Art. 19 Abs. 1.

3. SchKG Art. 239 Abs. 1.

4. BGE 41 III 428; Grommé, S. 45; Sorg, S. 67; a.M. Deggeller, S. 86.

5. Walder, (Textausgabe) N 1 zu Art. 239 SchKG.

Die Einhaltung der Beschwerdefrist ist von Amtes wegen zu überprüfen⁶. Eine Abänderung der Fristen durch Vertrag ist nicht möglich⁷. Der Beschwerdeführer kann sich nicht darauf berufen, dass der Schuldner verzichte, die Nichtbeachtung der Frist geltend zu machen⁸. Bei verspäteter Beschwerdeführung ist auf die Beschwerde nicht mehr materiell einzutreten, denn die Bestimmung über die Beschwerdefrist ist zwingender Natur. Sie wurde im Interesse einer raschen Abwicklung des Vollstreckungsverfahrens und der Rechtssicherheit aufgestellt⁹.

Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden¹⁰. Eine Befristung ist hier nicht möglich, denn der Zeitpunkt des Beginns der Frist wäre praktisch nicht feststellbar. Liegt aber eine ausdrückliche Rechtsverweigerung vor, so ist die Beschwerdefrist einzuhalten¹¹.

II. Die Berechnung der Fristen

1. Beginn der Fristen

Die Frist beginnt grundsätzlich mit der Kenntnisnahme der anfechtbaren Verfügung durch den Beschwerdeführer zu laufen¹².

6. BGE 102 III 127; Favre, SJK 679 S. 4; Blumenstein, S. 86; Jaeger, N 7 zu Art. 17.

7. SchKG Art. 32 Abs. 1.

8. SchKG Art. 33 Abs. 2 findet auf die Fristen im Beschwerdeverfahren keine Anwendung (Blumenstein, S. 202; Deggeller, S. 90; Sorg, S. 67).

9. Sorg, S. 67; Deggeller, S. 85.

10. SchKG Art. 17 Abs. 3; SchKG Art. 18 Abs. 2; SchKG Art. 19 Abs. 1.

11. Vgl. zur Unterscheidung ausdrückliche - stillschweigende Rechtsverweigerung vorn § 7 II.

12. SchKG Art. 17 Abs. 2; für den Rekurs gilt SchKG Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1. Die Frist beginnt mit der Kenntnisnahme der Verfügung und nicht mit der Entdeckung des Beschwerdegrundes zu laufen (ZR 60 88).

Es muss jedoch unterschieden werden, ob die Betreibungs-
parteien oder Dritte, die durch betreibungsrechtliche An-
ordnungen in ihren Rechten verletzt worden sind, als Be-
schwerdeführer auftreten ^{13,14}.

Für die Parteien beginnt die Beschwerdefrist mit der
schriftlichen Mitteilung ¹⁵ der Verfügung oder des Ent-
scheides zu laufen ¹⁶. Es wird somit vermutet, dass sie
im Zeitpunkt der Zustellung von der Verfügung Kenntnis
erhalten ¹⁷. Der schriftlichen Mitteilung der Verfügung
ist die schriftlich oder öffentlich an die Parteien er-
folgende Eröffnung ¹⁸, dass sie die Verfügung einsehen
können, gleichzustellen ¹⁹. Auf die tatsächliche Kenntnis-
nahme kommt es nicht an. Andernfalls stünde es im Belieben
des Beschwerdeführers, den Beginn des Fristenlaufs fest-
zusetzen. Die Frist beginnt somit unabhängig davon, ob
von der Verfügung effektiv Kenntnis genommen worden ist
oder nicht.

Die Zustellung gilt mit der Uebergabe an den Adressaten
als vollzogen. Dies gilt auch dann, wenn er die Sendung
refüsiert ^{20,21}.

13. Zur Legitimation Dritter vgl. vorn § 13.

14. Favre, SJK 679 S. 4.

15. SchKG Art. 34 schreibt grundsätzlich Schriftlichkeit
vor.

16. Jaeger, N 11 zu Art. 17; Favre, SJK 679 S. 4.

17. Sorg, S. 69.

18. Vgl. SchKG Art. 35.

19. Favre, SJK 679 S. 4.

20. Jaeger, N 11 zu Art. 17; Blumenstein, S. 85/86.

21. Zur Zustellung vgl. SchKG Art. 64 - 66.

Ist er an seinem Wohn- oder Arbeitsort nicht anzutreffen, so kann die Zustellung an eine zu seiner Haushaltung gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten erfolgen²². Im Falle einer solchen Ersatzzustellung wird vermutet, dass der Adressat im Moment der Zustellung an die Drittperson Kenntnis genommen hat²³. Gibt der Ersatzempfänger dem Adressaten von der Zustellung keine Kenntnis, so ist allenfalls eine Wiederherstellung gemäss Art. 35 OG möglich^{24,25}.

Wie wir festgestellt haben²⁶, sind auch Dritte, die durch betriebsrechtliche Anordnungen in ihren Rechten verletzt worden sind, berechtigt, Beschwerde zu erheben. Für sie beginnt die Beschwerdefrist mit dem Tage, an dem sie von der Verfügung oder von dem Entscheid Kenntnis erhalten²⁷. Diese Regelung drängt sich auf, da Dritten - im Gegensatz zu den Vollstreckungsparteien - üblicherweise die Verfügung oder der Entscheid nicht mitgeteilt wird. Sie müssen jedoch glaubhaft machen, dass sie von der angefochtenen Verfügung erst am angegebenen Datum erfahren haben²⁸. Sie haben sich um die nötigen Informationen zu bemühen und dürfen nicht warten, bis sie vielleicht zufällig von der Verfügung Kenntnis erhalten²⁹.

22. SchKG Art. 64; Fritzsche, S. 105.

23. BGE 71 III 28; 47 III 81; Fritzsche, S. 105.

24. Vgl. dazu die bei Sorg, S. 70 Anm. 42 zusammengestellte Kasuistik.

25. Zur Wiederherstellung vgl. hinten § 22 II.4.b.

26. Vgl. vorn § 13.

27. Favre, SJK 679 S. 4; Sorg, S. 71.

28. Favre, SJK 679 S. 4.

29. Sorg, S. 71.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 SchKG wird derjenige Tag, von welchem an die Frist zu laufen beginnt, nicht mitgerechnet, sofern die Frist nach Tagen bestimmt ist. Der erste Tag der zehn- bzw. fünftägigen Beschwerdefrist ist somit jener, der dem Tag der Zustellung folgt.

2. Auswirkungen von Betreibungsferien, Rechtsstillstand und Gerichtsferien

a) Allgemeines

Das SchKG ordnet im Interesse einer Schonung des Schuldners gewisse zeitliche Unterbrechungen im Betreibungsverfahren an ³⁰. Während diesen zeitlichen Unterbrechungen ³¹ - uns interessieren in diesem Zusammenhang vor allem die Betreibungsferien und Rechtsstillstände - dürfen keine sogenannten Betreibungshandlungen stattfinden. Unter Betreibungshandlungen sind Handlungen der Vollstreckungsorgane zu verstehen, die geeignet sind, den betreibenden Gläubiger seinem Ziele der Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners näher zu führen ³².

b) Auswirkungen auf die Verfügungen der Betreibungsämter und die Beschwerdefristen

aa) Auswirkungen auf die Verfügungen der Betreibungsämter
Verfügungen ³³ der Betreibungsämter fallen unter den

30. Blumenstein, S. 203; Jaeger, N 3 zu Art. 56.

31. Vgl. SchKG Art. 56.

32. Fritzsche, S. 99; Blumenstein, S. 205; Jaeger, N 3 zu Art. 56.

33. Vgl. vorn § 7 II.

Begriff Betreibungshandlungen, sofern sie die Übrigen (sub lit. a) erwähnten objektiven Requisite erfüllen^{34,35,36}. Ist dies der Fall, so sind die Betreibungsämter nicht befugt, während der Betreibungsferien oder eines Rechtsstillstandes solche Verfügungen zu erlassen³⁷. Das Gesetz gibt keine Antwort darauf, ob vorschriftswidrig während dieser Zeiten vollzogene Betreibungshandlungen nichtig oder nur anfechtbar sind. Eine allgemeine Regel kann diesbezüglich nicht aufgestellt werden. Es ist von Fall zu Fall zu entscheiden^{38,39}.

-
34. Da die Amtshandlungen der Konkursbeamten und der Konkursverwaltung diese Eigenschaften nicht besitzen, spielen sie hier keine Rolle (Jaeger, N 3 zu Art. 56; Blumenstein, S. 204 Anm. 4; BGE 96 III 77 E 1; aber Fritzsche, S. 99 Anm. 159).
 35. Ausführlich mit den einzelnen Voraussetzungen befassen sich Blumenstein, S. 203 ff. und Jaeger, N 3 zu Art. 56.
 36. Vorbehalten bleiben selbstverständlich auch die in Art. 56 SchKG ausdrücklich erwähnten Fälle (Arrestverfahren, unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen).
 37. SchKG Art. 56 Ziff. 3 und 4.
 38. Ebenso: Fritzsche, S. 99 f.; vgl. auch Blumenstein, S. 212 f.; Jaeger, N 5 zu Art. 56; BGE 67 III 69 (Nichtigkeit einer Zustellung während des Militärdienstes); 96 III 53; 82 III 51 (Anfechtbarkeit einer Zustellung während der Betreibungsferien).
 39. Wird bloss die Anfechtbarkeit angenommen, so lässt das Bundesgericht die Beschwerdefrist erst am ersten Werktag nach den Ferien beginnen (BGE 96 III 53; 82 III 51).

bb) Auswirkungen auf die Beschwerdefristen

Grundgedanke des Art. 56 SchKG ist offenbar der, dass dem Schuldner während gewisser Zeiten Schonung gewährt werden soll ⁴⁰. Um dieses Ziel zu erreichen, genügt es nicht, den Schuldner während dieser Zeiten vor Betreibungshandlungen zu verschonen. Vielmehr ist er auch davor zu bewahren, sich während eines Rechtsstillstandes oder der Betreibungsferien verteidigen zu müssen ⁴¹. Art. 63 SchKG sieht daher vor, dass - falls das Ende einer Frist in die Zeit der Ferien oder des Rechtsstillstandes fällt - die Frist bis zum dritten Tage nach dem Ende der Ferienzeit oder des Rechtsstillstandes verlängert wird. Diese Regelung gilt auch für die Beschwerdefristen ⁴². Jaeger schlägt vor, Art. 63 SchKG auch dann auf die Beschwerdefristen anzuwenden, wenn vorschriftswidrig eine Verfügung während der Ferien erlassen worden ist ⁴³. Das Bundesgericht vertritt in BGE 96 III 53 und 82 III 51 jedoch die Auffassung, dass in diesem Falle die Zustellung des angefochtenen Entscheides ihre Wirkung erst am ersten Tage nach Ablauf der Ferien entfalte; die Beschwerdefrist somit erst nach den Ferien zu laufen beginnt. Die Lösung des Bundesgerichts scheint mir die richtige zu sein. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Schuldner durch eine gesetzeswidrige Zustellung benachteiligt werden sollte. Die während der Ferien erfolgte Zustellung hätte richtigerweise erst nach den Ferien erfolgen dürfen. Sie hätte somit ihre Wirkung auch erst nach den Ferien entfaltet.

40. Blumenstein, S. 215; Jaeger, N 3 zu Art. 56; BGE 96 III 77 E 1.

41. Blumenstein, S. 215; Jaeger, N 3 zu Art. 56.

42. Deggeller, S. 94; Sorg, S. 72; Blumenstein, S. 215; Jaeger, N 3 zu Art. 56.

43. Jaeger, N 4 zu Art. 56.

Durch die Lösung des Bundesgerichts wird der Schuldner so gestellt, wie wenn die Zustellung rechtmässig erst nach den Ferien erfolgt wäre; während ihm - folgte man dem Vorschlag Jaegers - nur eine verkürzte Beschwerdefrist zur Verfügung stehen würde.

c) Auswirkungen auf die Entscheide der Aufsichtsbehörden und die Rekursfristen

Es stellt sich die Frage, ob auch die Aufsichtsbehörden vom Verbot des Art. 56 SchKG erfasst werden. Insbesondere ist zu untersuchen, ob für die Gerichte in ihrer Funktion als Beschwerdeinstanzen die Betreibungs- oder die Gerichtsferien gelten.

aa) Die auf die Beschwerdeinstanzen anwendbare Ferienregelung

Art. 56 SchKG richtet sich nicht nur an die Betreibungsämter, sondern auch an alle andern Behörden, welche bestimmend auf den Gang der Betreibung einwirken⁴⁴. Dies ist bei den Aufsichtsbehörden dann der Fall, wenn sie selbständig in das Verfahren eingreifen und dem Betreibungsbeamten spontan die Vornahme einer Betreibungshandlung vorschreiben oder wenn sie selbständig den Parteien Fristen ansetzen usw.⁴⁵. Entscheiden die Aufsichtsbehörden jedoch nur über die Begründetheit einer Beschwerde oder eines Rekurses, so liegt keine Betreibungshandlung i.S. des Art. 56 SchKG vor⁴⁶.

44. Jaeger, N 3 zu Art. 56; Blumenstein, S. 204.

45. Jaeger, N 3 zu Art. 56.

46. Jaeger, N 3 zu Art. 56; Blumenstein, S. 205.

Die betriebsrechtliche Ferienregelung findet auf die Aufsichtsbehörden in ihrer Funktion als Beschwerdeinstanzen daher keine Anwendung. Einmal mehr kommt in diesem Zusammenhang die zivilprozessuale Komponente des Beschwerdeverfahrens zum Durchbruch. Die Ferienregelung des Zivilprozesses ist analog anzuwenden.

Im Kanton Zürich werden die Gerichtsferien durch § 140 GVG geregelt. Abs. 2 dieses Paragraphen zählt bestimmte Fälle auf, die von den Gerichtsferien nicht tangiert werden. Es handelt sich vor allem um Angelegenheiten, die einer raschen Behandlung bedürfen. Wie bereits erwähnt ⁴⁷, soll auch das Beschwerdeverfahren möglichst schnell durchgeführt werden ⁴⁸. Aus diesem Grunde ist es m.E. erforderlich, § 140 Abs. 2 GVG analog auf das Beschwerdeverfahren anzuwenden ⁴⁹. Ein weiterer Punkt der für diese Lösung spricht, ist die Ordnung im Bund. Art. 34 Abs. 1 OG regelt die Gerichtsferien des Bundesgerichts. Abs. 2 bestimmt: "Diese Vorschrift (Abs. 1) gilt nicht in Strafsachen und Schuldbetreibungs- und Konkursachen." Die Gerichtsferien haben daher - wie Birchmeier ⁵⁰ richtig festhält - keine Auswirkungen auf das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht. Durch die analoge Anwendung von § 140 Abs. 2 GVG auf das kantonale Beschwerdeverfahren wird bezüglich der Ferien eine einheitliche Regelung des Verfahrens vor den kantonalen Aufsichtsbehörden und der eidgenössischen Oberaufsichtsbehörde erreicht ⁵¹.

47. Vgl. vorn Einleitung.

48. Dies gilt eigentlich für das gesamte Betreibungsverfahren. Vgl. SchKG Art. 25.

49. Das scheint mir umsoeher vertretbar zu sein, als GVG § 140 Abs. 2 auch für jene SchKG-Klagen gilt, die im summarischen Verfahren durchgeführt werden (vgl. ZPO § 213).

50. Birchmeier, N 1 zu Art. 34.

51. Auch bezüglich des Fristenlaufs ergibt sich durch diese Regelung eine befriedigendere Lösung (vgl. hinten § 22 II.2.c.cc).

bb) Auswirkungen auf die Entscheide der Aufsichtsbehörden

Die Aufsichtsbehörden werden - im Gegensatz zu den Betreibungsämtern - in ihrer Tätigkeit als Beschwerdeinstanzen weder durch die Gerichts- noch durch die Betreibungsferien eingeschränkt. D.h. sie sind jederzeit berechtigt, Entscheide zu fällen⁵² und sie den Parteien zuzustellen⁵³.

cc) Auswirkungen auf die Rekursfristen

Soll das Ziel von Art. 56 SchKG - Schonung des Schuldners während bestimmter Zeiten - erreicht werden, so muss er auch davor verschont werden, während der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes einen Rekurs erheben zu müssen⁵⁴. Für die Rekursfristen hat daher die gleiche Regelung zu gelten wie für die Beschwerdefristen⁵⁵. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Betreibungsferien für die Aufsichtsbehörden nicht gelten, wohl aber Auswirkungen auf die Rekursfristen zeitigen.

3. Ende der Fristen

Die Beschwerde- bzw. Rekursfrist endet am zehnten bzw. fünften Tag⁵⁶ um Mitternacht⁵⁷ nach deren Beginn.

52. Vgl. vorn § 22 II.2.c.aa.

53. Hauser/Hauser, Anm. 2 zu § 153; BGE 96 III 53. Die Zustellung ist gültig, doch ergeben sich für die Fristen gewisse Aenderungen (vgl. BGE 93 III 53; 82 III 52).

54. Vgl. Anm. 41.

55. Vgl. vorn § 22 II.2.b.bb.

56. Vgl. vorn § 22 I.

57. SchKG Art. 31 Abs. 4 ist aufgehoben durch OG Art. 169. Die Frist läuft nunmehr am Ende des letzten Tages, also um 24 Uhr, ab (BGE 71 III 129 ff.); OA Ziff. 29 Abs. 1.

Ist der letzte Tag ein Sonntag oder staatlich anerkannter Feiertag, so läuft sie erst am nächstfolgenden Werktag ab ⁵⁸. Eine bis zu diesem Zeitpunkt bei den Aufsichtsbehörden zugegangene Beschwerde- bzw. Rekurschrift ist als rechtzeitig eingegangen zu betrachten. Dasselbe gilt, wenn sie vor Ablauf der Frist der Post ⁵⁹ übergeben worden ist ⁶⁰.

Während der Betreibungsferien und der Zeit der Rechtsstillstände läuft die Frist weiter. Gemäss Art. 63 SchKG wird die Beschwerde- bzw. Rekursfrist jedoch verlängert, falls ihr Ende in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes fällt. Sie läuft in diesen Fällen erst am dritten Tag nach dem Ende der Ferienzeit oder des Rechtsstillstandes ab ⁶¹.

Der Fristenlauf wird nicht nur zugunsten des sich beschwerenden Schuldners oder Gläubigers verlängert ⁶², sondern auch zugunsten des Dritten ⁶³.

58. SchKG Art. 31 Abs. 3. Der Samstag wird einem anerkannten Feiertag gleichgestellt (vgl. Art. 1 des BG vom 21. Juni 1963 über den Fristenlauf an Samstagen - SR 173.110.3).

59. Unter Post i.S. von SchKG Art. 32 ist - nach allgemeiner Lehre und Rechtsprechung (vgl. die Aufzählung in ZR 62 102) - die schweizerische Post zu verstehen. A.M. ist das zürcher Obergericht in ZR 62 102.

60. SchKG Art. 32.

61. SchKG Art. 63.

62. Aenderung der Rechtsprechung in BGE 67 III 103; vgl. auch Sorg, S. 73 Anm. 65 und 66; Fritzsche, S. 99; Killer, S. 12.

63. BGE 80 III 3.

4. Verlängerung und Wiederherstellung

a) Verlängerung der Fristen

Art. 66 Abs. V SchKG sieht für einige Spezialfälle eine Verlängerung der Fristen vor. Der Anwendungsbe-
reich dieses Artikels ist jedoch beschränkt. Nur für
den Schuldner kann in bestimmten Fällen die Frist ver-
längert werden. So insbesondere dann, wenn er im Ausland
wohnt ⁶⁴. Art. 66 Abs. V SchKG gilt auch für das Be-
schwerdeverfahren ⁶⁵. Das Ausmass der Verlängerung hängt
von den Umständen ab. Es ist durch die zuständige Voll-
streckungsbehörde zu bestimmen.

b) Wiederherstellung der Fristen

Die Beschwerdefrist ist nicht erstreckbar ⁶⁶. Sie kann
auch nicht in Anwendung kantonalen Rechts abgekürzt
oder verlängert werden ⁶⁷. Da die Beschwerdefrist durch
eine bundesrechtliche Norm geregelt wird, darf auch
§ 199 GVG nicht angewendet werden ⁶⁸. Eine Wiederher-
stellung der Frist auf Grund dieses Paragraphen ist nicht
möglich. Hingegen erklärte das Bundesgericht in BGE 81
III 81 und 67 III 71 Art. 35 OG auf die Beschwerde- und
Rekursfristen für analog anwendbar ⁶⁹. Die Frist kann
jedoch nur dann wieder hergestellt werden, wenn die in
Art. 35 OG genannten strengen Voraussetzungen erfüllt sind.

64. SchKG Art. 66 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 3.

65. BGE 73 III 154 E 3; ZR 66 117; 60 88.

66. Fritzsche, S. 45.

67. BGE 84 III 8; Fritzsche, S. 45.

68. ZR 66 117; 50 202.

69. Vgl. auch BGE 96 III 53; ZR 66 117; 60 88; Fritzsche,
S. 45 und 98; Simond, SJK 628 S. 12.

III. Wirkung des Ablaufs der Fristen

1. Verbindlichkeit der Verfügungen für Parteien und Behörden ⁶⁹

Die betreibungsrechtlichen Verfügungen und Entscheide werden im Interesse der Rechtssicherheit nach Ablauf der Beschwerde- bzw. Rekursfrist sowohl gegenüber den Vollstreckungsparteien als auch gegenüber den Betreibungsbehörden verbindlich ⁷⁰. Das Beschwerderecht erlischt ipso iure nach Ablauf der peremptorischen Frist ⁷¹. Ein eventueller Mangel einer Verfügung konvalesziert ⁷². Nur ausnahmsweise, bei besonders offensichtlichen und gravierenden Gesetzesverletzungen, greifen die Aufsichtsbehörden auf Grund ihrer amtlichen Interventionsbefugnis - auch nach Ablauf der Beschwerdefrist - ein ⁷³.

2. Anfechtungsmöglichkeit nach Ablauf der Beschwerdefrist

Nichtige Betreibungshandlungen ⁷⁴ können auch nach Ablauf der Beschwerdefrist gerügt werden. Da die Aufsichtsbehörden verpflichtet sind, in jedem Stadium des Vollstreckungsverfahrens nichtige Akte von Amtes wegen aufzuheben, ist es nicht einmal erforderlich, eine formgerechte Beschwerde zu erheben. Eine blosse Anzeige genügt.

70. Vgl. vorn § 21 II. bezüglich der Situation bei den Aufsichtsbehörden.

71. Sorg, S. 74.

72. Sorg, S. 75.

73. Vgl. vorn § 5 III.1.

74. Zum Begriff der Nichtigkeit vgl. vorn § 5 III.1.

§ 23 Kosten

Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich unentgeltlich ¹. Nur in einigen wenigen Fällen werden den Beteiligten gewisse Kosten auferlegt. Ob und inwieweit solche Kosten auferlegt werden dürfen, ist ausschliesslich eine Frage des Bundesrechts ². Sie wird durch den Gebührentarif zum SchKG ³ geregelt, der in Art. 67 Abs. 2 und 3 von den Gebühren im Beschwerdeverfahren und in Art. 68 Abs. 2 von der Entschädigung der Parteien handelt. Kantonale Vorschriften über Gerichts- und Parteikosten finden keine Anwendung ⁴.

Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit beschränkt sich auf eigentliche Kanzleigebühren und Parteientschädigungen ⁵. Für die übrigen Kosten, die der Beschwerdeinstanz erwachsen, haben die Parteien aufzukommen. So insbesondere für die Kosten für Beweiserhebungen durch Zeugen oder Expertisen ⁶. Hier hat jedoch eine Einschränkung dahingehend zu erfolgen, dass diese Barauslagen nur vom sich beschwerenden Gläubiger verlangt werden können. Er ist dafür auch vorschusspflichtig ⁷.

1. BGE 90 III 102 E 2; 85 III 57; ZR 59 97; 58 8; 49 119; 44 88; 41 79; 31 14.

2. BGE 85 III 57.

3. Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 7. Juli 1971 / 18. Dezember 1972.

4. BGE 85 III 57.

5. ZR 41 79; GT Art. 68 Abs. 2.

6. ZR 41 79; 29 10.

7. Sorg, S. 105.

Ist nach dem betreffenden kantonalen Prozessrecht eine kostenfreie Erkundigung bei den betreffenden Personen nicht möglich, so bleibt nichts anderes übrig, als dass die hierfür verausgabten Zeugengebühren vom Staate getragen werden ⁸.

Unter gewissen Voraussetzungen können die Aufsichtsbehörden den Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Beschwerdeverfahrens durchbrechen. So bestimmt Art. 67 Abs. 3 GT: "Behörden im Sinne des Absatzes 2 (u.a. die Aufsichtsbehörden) können einer Partei oder ihrem Vertreter ⁹ für böswilliges oder mutwilliges Handeln oder Verletzung des Anstandes eine Busse bis zu 300 Franken, die Schreibgebühren und die Auslagen auferlegen." Da das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren grundsätzlich kostenlos ist, ist der Anreiz zu missbräuchlicher Beschwerdeerhebung relativ gross. Art. 67 Abs. 3 GT soll der Gefahr missbräuchlicher Beschwerdeerhebung Abhilfe schaffen. Die Auferlegung der Kanzleikosten hat wie die Busse pönalen Charakter. Die Kostenauflage fällt daher dahin, wenn der Fehlbare stirbt, bevor eine rechtskräftige Verfügung vorliegt.

8. ZR 29 10.

9. Der Gebührentarif von 1971/72 enthält die Regelung, dass auch der Beamte zum Ersatz der Barauslagen und Schreibgebühren verpflichtet werden kann, nicht mehr (vgl. Gebührentarif vom 6. September 1957, Art. 70).

5. Kapitel Beschwerde an die untere kantonale
 Aufsichtsbehörde

§ 24 Einlegungsverfahren

I. Zuständigkeit

1. Oertliche Zuständigkeit

Die betreibungsrechtliche Beschwerde muss zur Kenntnis der Aufsichtsbehörde jenes Kreises oder Kantons gebracht werden, in welchem das Betreibungs- oder Konkursamt, dessen Verfügung angefochten wird, seinen Sitz hat ¹. Im Falle eines Requisitorials ist grundsätzlich die Aufsichtsbehörde des ersuchenden Amtes zuständig ². Betrifft die Beschwerde jedoch nicht die Massnahme an sich, sondern lediglich die Art ihrer Durchführung, oder hatte das ersuchte Amt selbständige Amtshandlungen vorzunehmen, so ist die Aufsichtsbehörde zuständig, die dem ersuchten Amt vorsteht ^{3,4}. Wird die Beschwerde bei einer örtlich unzuständigen Aufsichtsbehörde eingereicht, so erscheint

-
1. Favre, S. 69; derselbe, SJK 679 S. 5; Blumenstein, S. 87; Sorg, S. 63.
 2. Jaeger, N 5 zu Art. 17; Blumenstein, S. 85; Sorg, S. 63; SJZ 62 S. 347 (205); ZR 59 90; 44 67; 35 44.
 3. Vgl. Anm. 2.
 4. Unterstehen das ersuchende und das ersuchte Amt derselben Aufsichtsbehörde, so darf diese das Eintreten auf die Beschwerde nicht deshalb ablehnen, weil sie gegen das ersuchende statt gegen das ersuchte Amt geführt wurde (BGE 85 III 11).

es m.E. als zweckmässig, Art. 75 Abs. 2 OG sinngemäss anzuwenden⁵; d.h. dass die Beschwerde der zuständigen Aufsichtsbehörde zu überweisen ist und der Zeitpunkt der Einreichung als Zeitpunkt der Beschwerdeführung gilt.

2. Sachliche Zuständigkeit

Die Behandlung einer betreibungsrechtlichen Beschwerde fällt grundsätzlich in die Kompetenz der vom Bundesrecht vorgeschriebenen kantonalen Aufsichtsbehörde⁶. Bestehen jedoch auch untere kantonale Aufsichtsbehörden, so ist die Beschwerde an die örtlich zuständige untere Aufsichtsbehörde zu richten^{7,8}. Die obere Aufsichtsbehörde - so ist es im Kanton Zürich - ist in diesem Falle nur zur Behandlung von Rekursen gegen Entscheide bzw. Rechtsverweigerungen oder -verzögerungen berechtigt. Eine bei einer dem Grade nach unzuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde eingereichte Beschwerde ist von Amtes wegen an die zuständige Aufsichtsbehörde abzugeben⁹.

5. Vgl. BGE 96 III 93; sowie die allgemeine Tendenz auf die Rechtsunkenntnis der Parteien vermehrt Rücksicht zu nehmen: BGE 100 III 9; Fritzsche, S. 47; Grommé, S. 46; vgl. auch GVG § 194; Sträuli/Messmer, N 4 zu § 112.

6. Vgl. vorn § 4 und 5.

7. Favre, S. 69; Grommé, S. 46.

8. Vgl. zur Regelung in Bern: Favre, S. 69.

9. OG Art. 75 Abs. 2.

II. Einlegungsstelle

In Ermangelung einer bundesrechtlichen Vorschrift ist es Sache der Kantone, die Einlegungsstelle zu bestimmen. Im Kanton Zürich ist gemäss Ziff. 23 OA die Beschwerde beim Bezirksgericht, in dessen Kreis das beschwerdebeklagte Amt seinen Sitz hat, anzubringen. Wird eine Beschwerde gegen eine Verfügung des Betreibungs- oder Konkursbeamten jedoch versehentlich beim verfügenden Amt statt bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eingereicht, so ist sie von Amtes wegen an die Aufsichtsbehörde zu überweisen¹⁰. Die Beschwerdefrist gilt mit der Einlegung beim beklagten Amte als gewahrt¹¹. Wird die Beschwerde - innert der Beschwerdefrist - irrtümlicherweise bei der oberen Aufsichtsbehörde eingereicht, so hat diese die Beschwerde von Amtes wegen an das zuständige Bezirksgericht zu leiten. Die Frist muss als eingehalten betrachtet werden^{12,13}.

10. BGE 100 III 9.

11. BGE 100 III 9 (Aenderung der Rechtsprechung). Vgl. auch Grommé, S. 46 (Kritik an der alten Rechtsprechung).

12. OG Art. 75 Abs. 2.

13. Der Rekurs gegen den erstinstanzlichen Beschwerdeentscheid ist nach Ziff. 25 OA direkt beim zürcherischen Obergericht einzureichen. Auch der Rekurs an das Bundesgericht ist beim Obergericht einzulegen (OG Art. 78 Abs. 1).

III. Beschwerdeschrift

1. Form

Ueber die Einlegungsform der Beschwerde enthält das SchKG keine Bestimmungen. Die Form ist - als zum Verfahren gehörig - durch das kantonale Recht zu regeln¹⁴. Die obergerichtliche Anweisung bestimmt in Ziff. 23, dass Beschwerden im Doppel dem Bezirksgericht einzureichen sind. Daraus lässt sich entnehmen, dass die Beschwerde schriftlich abzufassen ist¹⁵. Dies hat denn auch die Rechtsprechung angenommen¹⁶. Zu dieser Lösung gelangt man auch bei analoger Anwendung von ZPO § 276 Abs. 1, der für den Rekurs Schriftlichkeit vorsieht¹⁷. Neu schreibt auch § 109 Abs. 2 in Verbindung mit § 111 GVG ausdrücklich vor, dass die Beschwerde schriftlich einzureichen ist. Die früher notwendige analoge Anwendung der für den Rekurs bestehenden Regelung erübrigt sich daher. Im Bundesrecht (OG Art. 78 und 79) ist für den Rekurs an das Bundesgericht ausdrücklich Schriftlichkeit vorgeschrieben. Die Einlegung besteht somit in der Zustellung der Beschwerdeschrift.

14. Hauser/Hauser, Anm. II 3. b zu § 49 (S. 168/169); Jaeger, N 6 zu Art. 17; BGE 86 III 2; ZR 49 111.

15. Favre, S. 70; Grommé, S. 45; vgl. auch Simond, SJK 628 S. 6, der auf Grund der selben Ueberlegung zum Schluss kommt, dass der Rekurs an das Bundesgericht in schriftlicher Form zu erfolgen hat.

16. BGE 86 III 2; ZR 59 91; 49 111.

17. Ausnahmen bilden die Kantone Bern, Schwyz und Schaffhausen, die die mündliche Einreichung zulassen, wobei Bern die mündliche Einreichung auf die Rüge der Ermessensüberschreitung beschränkt (Grommé, S. 45; Favre, S. 70).

Wie grundsätzlich, jede Rechtsschrift ist auch die Beschwerdeschrift zu unterzeichnen¹⁸. Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift kann aus dem grundsätzlich massgebenden kantonalen Recht abgeleitet werden¹⁹. Es widerspricht dem Bundesrecht nicht²⁰. Die Ersetzung der Unterschrift durch einen Stempel, auch einen Faksimilestempel, genügt nicht²¹. Entspricht die Eingabe diesen Anforderungen nicht, so ist - analog zu GVG § 131 - zur Behebung des Mangels Frist anzusetzen^{22,23}.

18. Favre, S. 70; Fritzsche, S. 48; Sorg, S. 65.

19. Vgl. GVG § 130; Jaeger, N 6 zu Art. 17.

20. BGE 86 III 2; Favre, S. 70.

21. Sorg, S. 65; ZR 49 111; ZBJV 68 299.

22. Vgl. Simond, SJK 628 S. 6; für das kantonale Recht: Sorg, S. 66; BLSchK 1952 S. 77. Dass der Gerichtspräsident durch Ansetzung einer kurzen Frist zur Verbesserung heilbarer Mängel einer Rechtsschrift aufzufordern hat, ist ein allgemeiner Grundsatz des Zivilprozesses, der auch für das Rechtsmittelverfahren gilt (Hauser/Hauser, Anm. 3 zu § 156 (S. 529). Er gilt zum mindesten dann, wenn die Unterschrift noch innerhalb der Frist zur Einreichung der Rechtsschrift nachgeholt werden kann (ZR 60 81). Dieser Grundsatz kann analog auf das Beschwerdeverfahren angewendet werden. Eine Verlängerung der Beschwerdefrist zur nachträglichen Unterzeichnung ist m.E. jedoch bundesrechtswidrig und daher unzulässig. Vgl. Simond, SJK 628 S. 6; Fritzsche, S. 48 und die strenge Praxis des Bundesgerichtes zu OG Art. 30: BGE 102 IV 143 E 2; 86 III 1.

23. Wird die Unterschrift nicht nachgebracht, so ist auf die formungenügende Beschwerde nicht einzutreten (ZR 49 111).

Wie bereits erwähnt, ist die Beschwerdeschrift gemäss OA Ziff. 23 im Doppel einzureichen. Allfällige weitere Urkunden sind beizulegen ²⁴.

Die Missachtung der Vorschrift, dass die Beschwerde im Doppel einzureichen ist, hat deren Unwirksamkeit nicht zur Folge. Allenfalls wird dem Beschwerdeführer eine Frist angesetzt zur Nachreichung eines weiteren Exemplars ²⁵. Bleibt die Frist unbenützt, so wird auf Kosten des Beschwerdeführers eine Kopie angefertigt ²⁶.

2. Inhalt

a) Beschwerdeerklärung

Die Beschwerdeschrift muss eine Beschwerdeerklärung enthalten, d.h. es muss aus der Beschwerdeschrift hervorgehen, dass eine genau bezeichnete betriebsrechtliche Verfügung angefochten werden will ²⁷. Der angefochtene Betriebsakt ist im Original oder zumindest in einer Abschrift der Beschwerdeschrift beizulegen ²⁸.

24. Für die Beschwerde: analoge Anwendung von ZPO § 276 Abs. 1 in Verbindung mit GVG § 131 Abs. 1. BGE 56 III 130; für den Rekurs an das Obergericht vgl. OA Ziff. 25; für jenen an das Bundesgericht OG Art. 78 Abs. 1.

25. Analoge Anwendung von OG Art. 30 Abs. 2. Zum gleichen Ergebnis führt die analoge Anwendung von GVG § 131 Abs. 2; vgl. Simond, SJK 628 S. 6.

26. Sorg, S. 66; vgl. auch OG Art. 30 Abs. 2.

27. Guldener, S. 496.

28. Guldener, S. 496; Favre, S. 70.

Analog zum Rechtsmittelverfahren im Zivilprozess ist eine versehentlich unrichtige Benennung der Eingabe unerheblich ²⁹. GVG § 194 ist sinngemäss anwendbar ³⁰.

b) Beschwerdeantrag

Gemäss § 109 Abs. 2 in Verbindung mit § 111 GVG bedarf die Beschwerdeschrift eines Antrages ³¹; d.h. es muss angegeben werden, in welchem Sinne die Verfügung abgeändert werden soll. An die genaue Umschreibung des Begehrens werden keine grossen Anforderungen gestellt. Auch ein unklar formulierter Antrag ist zu beachten, sofern aus der Begründung der Zweck der Beschwerde ersichtlich ist ^{32,33}.

29. Vgl. Sträuli/Messmer, N 18 vor § 259.

30. Vgl. Sträuli/Messmer, N 18 vor § 259.

31. Fritzsche, S. 48; Blumenstein, S. 89; Grommé, S. 45; Jaeger, N 6 zu Art. 17; ZR 59 91; 47 33.

32. A.M. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 276 bezüglich des zivilprozessualen Rekurses: "Nach bisheriger Praxis genügte es wegen des lückenhaften Wortlautes von alt § 339, wenn sich eine als Rekursantrag aufzufassende Willenserklärung des Rekurrenten durch Auslegung gewinnen liess (ZR 47 Nr. 72, 67 Nr. 44, 72 Nr. 118 E 3). Das neue Gesetz verlangt ausdrücklich Rekursanträge, da der Umfang der aufschiebenden Wirkung sich nur aufgrund derselben bestimmen lässt (Prot. EK 940)." M.E. soll die Durchsetzung des materiellen Rechts jedoch nicht an übersetzten formellen Anforderungen scheitern. Die Begründung, die beim Rekurs zu den strengerem Anforderungen führen soll, kann für die Beschwerde nicht gelten, da ihr grundsätzlich keine Suspensivwirkung zukommt (vgl. hinten § 24 IV.3.). Vgl. auch Sorg, S. 80; Walder, S. 7 Anm. 21 lit. e.

33. Wie wir vorne (§ 17) festgestellt haben, gilt im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung. Der Beschwerdeführer ist daher auch nicht verpflichtet, bestimmte Gesetzesbestimmungen anzurufen.

c) Beschwerdebegründung

§ 109 Abs. 2 in Verbindung mit § 111 GVG schreibt weiter vor, dass die Beschwerdeanträge zu begründen sind³⁴. Eine analoge Anwendung von § 276 Abs. 3 ZPO auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren - er bestimmt, dass aus zureichenden Gründen die Rekursinstanz die Frist zur Ergänzung der Begründung erstrecken kann - kommt nicht in Frage. Die bundesrechtlich vorgeschriebene Frist darf durch das kantonale Recht nicht erstreckt werden³⁵. Zugunsten eines im Ausland wohnenden Schuldners kann die Frist aber allenfalls in Analogie zu Art. 66 Abs. 5 SchKG verlängert werden³⁶.

In der Beschwerdebegründung muss dargelegt werden, welcher Beschwerdegrund als gegeben betrachtet wird und worin die Rechtsverletzung, Unangemessenheit, Rechtsverweigerung oder -verzögerung besteht³⁷. Bei der Begründung des Rekurses an das Obergericht kann auf die Beschwerdeschrift verwiesen werden³⁸. Dagegen ist ein solcher Verweis zur Begründung des Rekurses an das Bundesgericht nicht zulässig³⁹. Art. 79 Abs. 1 OG schreibt vor, dass in der Rekurschrift kurz darzulegen ist, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind.

34. Ebenso ZR 59 91. Vgl. auch vorn § 3.

35. Vgl. vorn § 22 II.4.b.

36. BGE 73 III 154. Vgl. vorn § 22 II.4.a.

37. Vgl. vorn § 8.

38. Sorg, S. 81.

39. Simond, SJK 628 S. 7.

Die Eingaben dürfen weder einen ungebührlichen Inhalt aufweisen noch weitschweifig oder schwer lesbar sein ^{40,41}.

d) Allfällige weitere Angaben

Wir haben vorn ⁴² festgestellt, dass die allgemeine Beweisregel (ZGB Art. 8) auch im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren gilt. Es ist für den Beschwerdeführer daher von Vorteil, wenn er in seiner Rechtschrift die nötigen Beweismittel anbietet ⁴³.

Will der Beschwerdeführer, dass seiner Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt, so hat er dies in seiner Rechtsschrift zu beantragen. Denn eine Beschwerde oder eine Weiterziehung hat nur auf besondere Anordnung der Behörde, an welche sie gerichtet ist, oder ihres Präsidenten aufschiebende Wirkung ⁴⁴. Die zuständige Behörde kann aber auch von sich aus, d.h. ohne Antrag des Beschwerdeführers, der Beschwerde aufschiebende Wirkung verleihen ⁴⁵.

40. Vgl. GVG § 131 Abs. 2; für den Rekurs an das Bundesgericht gilt OG Art. 30 Abs. 3.

41. Unleserliche Eingaben und solche von ungebührlichem Inhalt oder übermässiger Weitschweifigkeit sind zur Umänderung zurückzuweisen.

42. Vgl. vorn § 14.

43. Blumenstein, S. 89.

44. SchKG Art. 36.

45. Jaeger, N 3 zu Art. 36.

IV. Wirkungen der Einlegung der Beschwerdeschrift

1. Rechtshängigkeit

Die Einlegung der Beschwerdeschrift ist eine Voraussetzung für den Eintritt der Rechtshängigkeit. Diese besteht in der Befestigung gewisser Grundlagen des Prozesses ⁴⁶. Die Rechtshängigkeit tritt aber nicht schon mit der Einlegung der Beschwerdeschrift, sondern erst mit Ablauf der Beschwerdefrist ein ⁴⁷, da den Betreibungs- und Konkursämtern während der Beschwerdefrist eine Widerrufsmöglichkeit zukommt. Eine Ausnahme ist jedoch dann zu machen, wenn die Beschwerde bereits ihren vollen Devolutiveffekt entfaltet hat; denn in diesem Falle kann das verfügende Amt die von ihm getroffene Verfügung (gleichgültig, ob sie nichtig oder bloss anfechtbar ist) nicht mehr selber aufheben ⁴⁸. Die Rechtshängigkeit tritt somit auch dann ein, wenn die Beschwerde vor Ablauf der Beschwerdefrist ihren vollen Devolutiveffekt ⁴⁹ entfaltet hat.

Wie im Zivilprozess zeitigt die Rechtshängigkeit auch im Beschwerdeverfahren gewisse Wirkungen ⁵⁰. So können im Beschwerdeverfahren nach Eintritt der Rechtshängigkeit weder die Beschwerdeanträge noch die Beschwerdegünde irgendwie abgeändert oder erweitert werden ⁵¹.

46. Guldener, S. 230; Walder, S. 291.

47. Sorg, S. 83.

48. BGE 97 III 5.

49. Vgl. hinten § 24 IV.2.

50. Vgl. Walder, S. 291 ff.; Guldener, S. 230 ff.

51. Sorg, S. 83.

Wäre dies möglich, so würde die Beschwerdefrist ihre Wirkung weitgehend verlieren. Der Beschwerdeführer hat nach Eintritt der Rechtshängigkeit nur noch die Möglichkeit, die angefochtene Verfügung anzuerkennen und die Beschwerde zurückzuziehen; im Übrigen ist er an den angehobenen Prozess gebunden. Das beklagte Amt kann die Beschwerde weder anerkennen noch zurückziehen⁵², da ihm keine eigentliche Parteistellung zukommt⁵³. Das trifft grundsätzlich auch auf den Beschwerdegegner zu⁵⁴. Sorg⁵⁵ tritt jedoch mit überzeugender Argumentation dafür ein, dass der Beschwerdegegner - aus prozessökonomischen Gründen - die Beschwerde anerkennen und damit die Erledigung des Beschwerdeverfahrens herbeiführen können soll⁵⁶.

Während im Zivilprozess die Rechtshängigkeit Voraussetzung für eine allfällige Nebenintervention oder einen Anschluss (Anschlussberufung § 266 ZPO, Anschlussrekurs § 278 ZPO) bildet, geht ihr im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren diese Eigenschaft ab, da - wie wir vorne⁵⁷ festgestellt haben - diese Institute im Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind.

52. Sorg, S. 83.

53. Vgl. vorn § 2 I.2.

54. Vgl. vorn § 2 I.2.

55. Sorg, S. 83 f.

56. In einem derartigen Fall wird der Beschwerdeführer mit dem Beschwerdegegner einen Vergleich abschliessen. Das Verfahren wird als durch Vergleich erledigt von der Aufsichtsbehörde abgeschrieben.

57. Vgl. vorn § 12 II.

2. Devolutiveffekt

Durch ein devolutives Rechtsmittel wird die Sache an eine andere (obere) Instanz gebracht ⁵⁸. Diese Eigenschaft kommt auch der Beschwerde und dem Rekurs zu. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ⁵⁹ entfaltet die Beschwerde ihren vollen Devolutiveffekt spätestens mit dem Eingang der Vernehmlassung des Amtes, das die angefochtene Verfügung erlassen hat. Aus dieser Formulierung muss entnommen werden, dass der Devolutiveffekt nicht bereits mit der Einlegung der Beschwerdeschrift eintritt, sondern erst nachdem auch die Vernehmlassungsschrift des betroffenen Amtes eingegangen ist ⁶⁰.

Die Einlegung der Beschwerdeschrift ist daher sowohl für den Eintritt des Devolutiveffekts als auch für den Beginn der Rechtshängigkeit ⁶¹ nur eine von mehreren Voraussetzungen. Rechtshängigkeit und Devolutiveffekt treten nicht zugleich mit der Einlegung der Beschwerdeschrift ein.

58. Walder, S. 424.

59. BGE 97 III 5; 78 III 52; vgl. auch Fritzsche, S. 51/52.

60. Die Formulierung des Bundesgerichts - insbesondere das Wort "spätestens" - scheint mir wenig glücklich. Denn es stellt sich unweigerlich die Frage: "Wann tritt der Devolutiveffekt frühestens ein?" Die Beantwortung dieser Frage ist insbesondere im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Abänderung der Verfügung durch das Amt, das sie erlassen hat, von Bedeutung (vgl. vorn § 22 III.1.). M.E. tritt der Devolutiveffekt nicht während einer bestimmten Zeitspanne (frühestens - spätestens) sondern an einem bestimmten Zeitpunkt (nach Eingang der Vernehmlassungsschrift und / oder der Akten des betroffenen Amtes) ein (vgl. Walder, S. 291).

61. Vgl. vorn § 24 IV.1.

3. Suspensiveffekt

Suspensive Rechtsmittel hemmen die Vollziehbarkeit der angefochtenen Entscheidung ⁶². Der zivilprozessuale Rekurs gilt im Kanton Zürich als ordentliches Rechtsmittel, d.h. ihm kommt grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu ⁶³. Für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren enthält das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz jedoch eine ausdrückliche Regelung (SchKG Art. 36), so dass eine analoge Anwendung des kantonalen Rechts nicht in Frage kommt.

Eine Beschwerde hat - wie wir vorne ⁶⁴ festgestellt haben - nur auf besondere Anordnung der Behörde, an welche sie gerichtet ist, oder ihres Präsidenten aufschiebende Wirkung. Die Einlegung der Beschwerde löst somit nicht ohne weiteres den Suspensiveffekt aus ⁶⁵. Diese Regelung wurde wohl in der Absicht erlassen, den Missbrauch der Beschwerde um des Zeitgewinnes willen zu verhindern ⁶⁶.

62. Guldener, S. 486.

63. ZPO § 275. Die Rekursinstanz kann dem Rekurs jedoch die aufschiebende Wirkung entziehen.

64. Vgl. vorn § 24 III.2.d.

65. BGE 81 III 10; Fritzsche, S. 47; Jaeger, N 3 zu Art. 36.

66. Ebenso Sorg, S. 85.

Es steht im freien Ermessen der angegangenen Behörde, ob sie der Beschwerde aufschiebende Wirkung verleihen will ⁶⁷. Gegen ihren Entscheid ist daher der Rekurs an das Bundesgericht ausgeschlossen ⁶⁸. Wo jedoch ein nicht wieder rückgängig zu machender Erfolg eintreten muss, hat die zuständige Behörde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, sobald sich die Beschwerde nicht als offensichtlich unhaltbar erweist ⁶⁹.

Wurde einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt und die Verfügung nachträglich durch die Aufsichtsbehörde abgeändert, so muss eine bereits erfolgte Vollstreckung rückgängig gemacht werden, soweit dies noch möglich ist ⁷⁰.

67. BGE 81 III 10; 59 III 207.

68. BGE 95 III 92; Fritzsche, S. 47.

69. Fritzsche, S. 47.

70. BGE 56 III 110.

§ 25 Hauptverfahren

Im Zivilprozessrecht dient das Hauptverfahren der Begründung und Beantwortung der Klage¹. Die Parteien haben ihre Anträge zu stellen und die Tatsachen, auf welche sie ihre Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise vorzutragen. Dies gilt auch dann, wenn die Offizialmaxime im Prozess zur Anwendung gelangt². Die Behauptungslast ist in diesem Falle jedoch insofern reduziert, als das Gericht auch von Amtes wegen Tatsachen zu berücksichtigen hat, die von keiner Partei behauptet worden sind³. Die Vorbringen dürfen sich nicht auf allgemeine Behauptungen beschränken, denn auch für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren gilt die Substanziierungspflicht⁴.

I. Prüfung der Prozessvoraussetzungen

§ 108 ZPD bestimmt: "Nach Eingang der Klage werden die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, die Berechtigung der Parteien und ihrer Vertreter zur Prozessführung, die gehörige Einleitung des Prozesses und die Zulässigkeit der gewählten Prozessart von Amtes wegen geprüft. Zur Verbesserung allfälliger Mängel wird das Geeignete angeordnet."

1. Guldener, S. 50; Walder, S. 4 und 389 ff.

2. ZR 72 38.

3. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 113.

4. ZR 44 170.

Diese Norm gilt sinngemäss auch für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren. So hat die Aufsichtsbehörde nach Eingang der Beschwerdeschrift zu prüfen, ob die Beschwerdeberechtigung vorhanden, die Beschwerdefrist eingehalten und die Zuständigkeit gegeben sei und ob die Beschwerdeschrift den rechtlichen Anforderungen genüge⁵. Die Prüfung der Prozessvoraussetzungen hat - so haben wir vorne⁶ festgestellt - von Amtes wegen zu erfolgen.

Gemäss Ziff. 24 Abs. 1 OA gibt das Gericht dem Betriebsamt unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis und lädt es zur Vernehmlassung und zur Einsendung der Akten ein. Erweist sich die Beschwerde jedoch von vornherein als unbegründet, so verzichtet das Gericht auf Vernehmlassung und Beweisabnahme. Die Beschwerdeschrift muss also auch einer summarischen materiellen Ueberprüfung unterzogen werden⁷.

Erklärt sich das angerufene Gericht als unzuständig, so stellt sich die Frage, ob der Prozess - ohne Unterbruch der Rechtshängigkeit - dem zuständigen Gericht überwiesen werden kann. Diesbezüglich könnte die zivilprozessuale Regelung analog auf das Beschwerdeverfahren angewendet werden⁸. Das Bundesgericht sieht die Lösung des Problems jedoch in einer analogen Anwendung einer bundesrechtlichen Norm.

5. Vgl. Sorg, S. 87.

6. Vgl. vorn § 14.

7. Ebenso Sorg, S. 87.

8. Im Zivilprozess wird die Prozessüberweisung durch ZPO § 112 geregelt.

Dies hat den Vorteil, dass dadurch für alle Kantone eine einheitliche Regelung gilt⁹. So wird in BGE 96 III 98 erwogen; ob im Falle der Beschwerdeführung bei einer örtlich unzuständigen Aufsichtsbehörde allenfalls Art. 75 Abs. 2 OG - er behandelt die Einreichung einer Beschwerde bei einer dem Grade nach unzuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde - entsprechend angewendet werden kann¹⁰. Die Frage wird jedoch offen gelassen. Trotzdem scheint sich hier eine Lösung abzuzeichnen, durch die unnötige Rechtsverluste vermieden werden könnten.

Gemäss § 110 ZPO hat das Gericht im Zivilprozess geeignete vorsorgliche Massnahmen zu treffen, falls glaubhaft gemacht wird, dass einer Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Dem selben Zweck dient Art. 36 SchKG¹¹. Er schliesst daher die analoge Anwendung der kantonalen Regelung aus. Gemäss dieser Norm hat der Präsident der Aufsichtsbehörde darüber zu befinden, ob der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu verleihen sei oder nicht. Dagegen ist er nicht befugt, Betreibungshandlungen, die in der Beschwerde verlangt werden, durch provisorische Verfügung anzuordnen¹².

9. Würde die Regelung den Kantonen überlassen, so würde in jenen Kantonen die eine Prozessüberweisung kennen, die Beschwerde auch bei Einreichung bei einer örtlich unzuständigen Stelle rechtshängig. In den übrigen Kantonen könnte nach der Erklärung der Unzuständigkeit die Beschwerdefrist eventuell bereits abgelaufen sein. Der Beschwerdeführer könnte die Beschwerde nicht mehr bei der zuständigen Behörde anbringen. Eine kantonale Regelung würde somit zu einer stossenden Ungleichheit führen und indirekt sich auf die bundesrechtlichen Fristen ungleich auswirken.

10. Vgl. vorn § 24 I.1.

11. Vgl. vorn § 14 IV.3.

12. Jaeger, N 4 zu Art. 36.

II. Form

Wie wir bereits verschiedentlich festgestellt haben ¹³, wird das Beschwerdeverfahren grundsätzlich schriftlich durchgeführt. Sorg ¹⁴ sieht den Zweck dieses Schriftlichkeitsprinzips darin, dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner unnötige Kosten zu ersparen. Zudem wird dadurch eine rasche Erledigung des betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahrens ermöglicht.

III. Vernehmlassung

Die Vernehmlassung ermöglicht es der Behörde, die den angefochtenen Betreibungsakt erlassen hat, und den übrigen am Ausgang des Beschwerdeverfahrens interessierten Personen, zur Beschwerde Stellung zu nehmen ^{15,16}. Wie vorne ¹⁷ festgestellt wurde, besteht für die Aufsichtsbehörde eine Pflicht, den Beschwerdegegner zur Vernehmlassung einzuladen. Es steht somit nicht in ihrem freien Ermessen, ob sie ihn zur Vernehmlassung zulassen will oder nicht. Auf die Vernehmlassung des beklagten Amtes findet § 168 ZPO (schriftliche Auskünfte) analog Anwendung. Ihr kommt die Bedeutung einer amtlichen Äusserung zu ¹⁸.

13. Vgl. vorn § 16, 19 I. und 20.

14. Sorg, S. 88.

15. Vgl. OA Ziff. 24 Abs. 1.

16. Vgl. vorn § 16.

17. Vgl. vorn § 16.

18. Vgl. vorn § 16.

Die Vernehmlassung hat schriftlich zu erfolgen. Die Vernehmlassungsschrift ist der entscheidenden Aufsichtsbehörde zuzustellen. Bezüglich der Frist zur Einreichung ist § 277 ZPO analog anzuwenden ¹⁹. Was den Inhalt anbelangt findet § 127 ZPO in Verbindung mit § 113 ZPO sinngemässe Anwendung. Der Beschwerdegegner wird versuchen, die Beschwerde zu entkräften. Auch er hat seine Anträge zu begründen und allfällige Beweismittel anzugeben. Er hat sich - mit Rücksicht auf die Substanziierungspflicht - im einzelnen über das Vorbringen des Beschwerdeführers auszusprechen ²⁰. Gemäss OA Ziff. 24 Abs. 1 hat das beschwerdebeklagte Amt neben einer allfälligen Vernehmlassungsschrift die vollständigen Akten der angerufenen Beschwerdeinstanz einzusenden.

Ein zweiter Schriftenwechsel findet in der Regel nicht statt. Ausnahmsweise kann es jedoch notwendig werden, dem Beschwerdeführer - mit Rücksicht auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs - Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort Stellung zu beziehen ²¹. Für eine allfällige Replik und Duplik gelten die gleichen Grundsätze wie für den ersten Schriftenwechsel ²².

19. Vgl. vorn § 16.

20. Vgl. ZPO § 113.

21. Vgl. vorn § 16 und 19 I

22. Ebenso Sorg, S. 90.

§ 26 Beweisverfahren

Das Beweisverfahren findet im Anschluss an das Hauptverfahren statt ¹, sofern das durch das Vernehmlassungsverfahren produzierte Prozessmaterial den Sachverhalt des betreffenden Beschwerdealles noch nicht genügend abklärt ². Der Sachverhalt ist von Amtes wegen zu untersuchen ³. Da auch für das Beweisverfahren weder bundes- noch kantonalrechtliche Normen bestehen, ist wiederum die diesbezüglich bestehende Regelung im Zivilprozess analog anzuwenden ⁴.

I. Beweislast

"Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet" ⁵. Soweit im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht die Offizialmaxime gilt, ist Art. 8 ZGB von Bundesrechts wegen anzuwenden ⁶. Insbesondere ist diese Norm aber auch dann zu berücksichtigen, wenn es den Aufsichtsbehörden trotz amtlicher Beweiserhebung nicht gelungen ist, den Sachverhalt vollständig abzuklären ⁷. In diesem Falle hat jene Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, die nach der allgemeinen Beweisregel beweispflichtig gewesen wäre ⁸.

1. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 134.

2. Sorg, S. 91.

3. Vgl. vorn § 14 und GVG § 111 in Verbindung mit § 109 Abs. 3.

4. GVG § 111 in Verbindung mit § 109 Abs. 3; ZR 49 113; 25 89; SJZ 22 331 (59); Sträuli/Messmer, N 5 vor 133.

5. Walder, S. 302.

6. BGE 102 III 10; 97 III 14; 82 III 106 E 2.

7. Vgl. vorn § 14; Walder, (Tafeln ZPR) Tafel 30,1.

8. Vgl. vorn § 14.

II. Beweismittel

"Beweismittel sind Objekte (Sachen und Personen), die in den Prozess eingeführt werden, um dem Gericht Beweisgründe zu vermitteln"⁹. Das Zivilprozessrecht zählt dazu Urkunden, Zeugen, Sachverständige, die Parteibefragung und den Augenschein¹⁰. Im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich dieselben Beweismittel zulässig^{11,12}.

III. Beweisverfahren

§ 109 Abs. 3 GVG in Verbindung mit § 111 GVG bestimmt ausdrücklich, dass auf das betriebsrechtliche Beschwerdeverfahren die Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere über das Beweisverfahren, sinngemäss Anwendung finden¹³.

Wie oben festgestellt wurde¹⁴, gilt für das betriebsrechtliche Beschwerdeverfahren die Offizialmaxime.

9. Guldener, (2. Auflage, Zürich 1958) S. 339.

10. Walder, (Tafeln ZPR) Tafel 29.

11. ZR 49 113; 29 18; 25 89; 20 79 (Zeugen); ZR 41 79; 26 29; 20 79 (Gutachten); vgl. auch Sorg, S. 92 Anm. 12 bis 16.

12. Die informative Parteibefragung (ZPO § 55) gilt nicht als Beweismittel. Auch die persönliche Befragung (ZPO § 149) kann im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht beweisbildend sein, da sie grundsätzlich nur zur Abgabe von Geständnissen führen soll. Weil im Beschwerdeverfahren jedoch die Offizialmaxime gilt, ist allenfalls auch über Unbestrittenes Beweis zu erheben (vgl. Walder, S. 317); das Geständnis hat lediglich den Charakter eines Indizes (Guldener, S. 328).

13. GVG § 111 spricht von Beschwerdeverfahren, die auf kantonalen oder eidgenössischen Erlassen beruhen. Dazu gehört auch die betriebsrechtliche Beschwerde.

14. Vgl. § 14.

Daher obliegt die Sammlung des Prozessstoffes neben den Parteien auch dem Gericht ¹⁵. Das heisst jedoch nicht, dass die Parteien von der Mitwirkung an der Lieferung des Sachverhaltes enthoben seien ¹⁶. Denn es ist nicht die Aufgabe des Richters, Behauptungen in den Prozess einzuführen, an welche die Parteien nicht gedacht haben. Er wird lediglich das Beweisverfahren in einer nicht beantragten Weise aufgrund des Vorgebrachten ergänzen ¹⁷.

Die Offizialmaxime schliesst dem Beklagten gegenüber das Abstellen auf ausdrückliche oder stillschweigende tatsächliche Zugeständnisse aus ¹⁸. Daher ist auch über unbestrittene Behauptungen Beweis abzunehmen. Dies hat zur Folge, dass die Beweiserhebung nicht durch eine ordnungsgemässe Beweisantrittung seitens der Parteien bedingt ist ¹⁹.

Entsprechend dem Zivilprozess wird auch im Beschwerdeverfahren das Beweisverfahren durch den Beweisaufgabebeschluss eröffnet ²⁰. Unter Bezugnahme auf diesen Beschluss haben die Parteien ²¹ anschliessend in der

15. Walder, S. 201.

16. Walder, S. 206.

17. Walder, S. 206.

18. Sträuli/Messmer, N 18 zu § 54.

19. Sträuli/Messmer, N 18 zu § 54.

20. Vgl. ZPO § 136.

21. Der Einfachheit halber spreche ich von Parteien. In diesem Zusammenhang fällt unter diesen Begriff nicht nur der Beschwerdeführer, dem eine eigentliche Parteistellung zukommt, sondern auch der Beschwerdegegner und das betroffene Amt (vgl. vorn § 2 I.1.).

Beweisantrittungsschrift sämtliche Beweismittel anzugeben²². Im Beweisabnahmebeschluss bezeichnet die Aufsichtsbehörde die zugelassenen Beweismittel und trifft die für die Abnahme der Beweise nötigen Anordnungen^{23,24}.

Auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren, das grundsätzlich der Offizialmaxime untersteht, ist § 142 Abs. 1 ZPO (Beweiserhebung von Amtes wegen) sinngemäss anwendbar²⁵. Das Gericht kann daher auch Beweise abnehmen, die von der beweisführenden Partei nicht rechtzeitig angeboten worden sind²⁶. Die Beweisabnahme findet an der Beweisverhandlung statt. Die Parteien sind vorzuladen, jedoch nicht verpflichtet, daran teilzunehmen²⁷.

IV. Beweiswürdigung

Gemäss § 148 ZPO würdigt das Gericht die Beweise nach freier Ueberzeugung. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung gilt ebenfalls für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren²⁸. Auch die Parteien sind berechtigt, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Dies bestimmt § 147 ZPO. Das Recht auf Stellungnahme ist ein Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs^{29,30}.

22. Vgl. ZPO § 137.

23. Vgl. ZPO § 140.

24. Allenfalls kann auch ZPO § 141 (direkter Beweisabnahmebeschluss) sinngemäss angewendet werden.

25. Zur Offizialmaxime vgl. § 14 und 15.

26. Vgl. Walder, S. 399.

27. Vgl. ZPO § 146.

28. Jaeger, N 5 zu Art. 18; Sorg, S. 93.

29. Vgl. vorn § 19.

30. Bezüglich der im Beweisverfahren entstehenden Kosten vgl. vorn § 23.

§ 27 Entscheidungsverfahren

I. Kognitionsbefugnis der Aufsichtsbehörden

"Sobald der Prozess spruchreif ist, fällt das Gericht den Endentscheid" ¹. Die betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden haben alle einschlägigen Rechtssätze ihrer Entscheidung zugrunde zu legen ². So sind neben den Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes insbesondere auch die materiellrechtlichen Normen zu berücksichtigen ³.

Den kantonalen Aufsichtsbehörden kommt eine umfassende Kognitionsbefugnis zu. Sie nehmen sowohl Rechts- als auch Ermessenskontrollen vor. Steht die Angemessenheit einer Verfügung zur Diskussion, so hat die Aufsichtsbehörde ihr Ermessen an die Stelle desjenigen des Amtes zu setzen, das die angefochtene Verfügung erlassen hat ⁴. Begnügt sie sich mit der Prüfung der Frage, ob die Verfügung gesetzwidrig oder offensichtlich unangemessen sei, so schränkt sie ihre Prüfungsbefugnis in unzulässiger Weise ein, was mit dem Rekurs gerügt werden kann ⁵. Die kantonalen Aufsichtsbehörden besitzen somit - im Gegensatz zur Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, die nur eine Rechtskontrolle ausübt ⁶ - eine unbeschränkte Kognition.

1. ZPO § 188.

2. Sorg, S. 94.

3. Vgl. BGE 101 III 7; 75 III 80; 65 III 45; 63 III 142.

4. BGE 100 III 18 E 2; 97 III 126; 86 III 123.

5. Jaeger, N 8 zu Art. 17.

6. SchKG Art. 19.

Durch die geltend gemachten Beschwerdegründe wird der Gegenstand der aufsichtsbehördlichen Kognition bestimmt. Die Aufsichtsbehörde hat die angefochtene Verfügung nur bezüglich der angerufenen Beschwerdegründe zu überprüfen. Die Kontrolle erstreckt sich nicht auf jene Beschwerdegründe, die nicht geltend gemacht worden sind.

Die Ueberprüfung der angefochtenen Verfügung erfolgt nur im Umfang der in der Beschwerdeschrift angeführten Fehler ⁷. Die vom Beschwerdeführer nicht angefochtenen Punkte brauchen nicht kontrolliert zu werden ⁸.

II. Arten der Beschwerdeentscheide

1. Prozessurteil

a) Nichteintretensbeschluss

Stellt die Aufsichtsbehörde fest, dass eine Beschwerdevoraussetzung ⁹ fehlt, so hat sie die Beschwerde von der Hand zu weisen. Ein Nichteintretensbeschluss ergeht auch dann, wenn die Beschwerde verspätet eingelegt worden ist oder sonst an schweren Formfehlern leidet ¹⁰.

2. Sachurteil

a) Abschreibungsbeschluss

Wird die Beschwerde gegenstandslos, oder kommt es zu einem Vergleich oder einem Rückzug der Beschwerde, so

7. ZR 46 24.

8. Der nichtangefochtene Teil der Verfügung erwächst in Rechtskraft. Vgl. ZPO § 275.

9. vgl. vom 14.

10. ZR 49 114; 49 47; vgl. Guldener, S. 204.

erlässt die Aufsichtsbehörde einen Abschreibungsbeschluss ^{11,12}.

b) Urteil

Ein Urteil ergeht dann, wenn die Aufsichtsbehörde die Beschwerde materiell geprüft hat. Ihr Entscheid lautet dann auf Abweisung oder Gutheissung oder teilweise Gutheissung beziehungsweise teilweise Abweisung der Beschwerde ¹³.

III. Grundsätzlich reformatorische Wirkung der Beschwerde

Das SchKG enthält keine Vorschrift darüber, ob und wann eine Rückweisung erfolgen kann. Auch die Entscheidung dieser Frage ist dem kantonalen Recht überlassen. Dieses kennt im Rekursverfahren die Rückweisung an die erste Instanz zur Ausfällung eines neuen Entscheides in der Regel nicht ¹⁴. § 280 ZPO bestimmt: "Die Rekursinstanz fällt im Rahmen der Rekursanträge einen neuen Entscheid. Aus zureichenden Gründen kann sie den angefochtenen Entscheid aufheben und den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neubeurteilung an die erste Instanz zurückweisen." Diese Regelung ist analog auf das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren anzuwenden ¹⁵.

11. Vgl. die bei Sorg, S. 96 Anm. 2 bis 4 angeführten Entscheide.

12. Walder, S. 253.

13. Vgl. Walder, S. 251.

14. Walder, S. 433.

15. Ebenso ZR 49 47.

Die Aufsichtsbehörden setzen also in der Regel selbst einen neuen Entscheid ¹⁶. Sie treten an die Stelle der Betreibungs- und Konkursämter. Ausnahmsweise kann jedoch die Kassation der angefochtenen Massnahme zur Beendigung des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens genügen ¹⁷.

Wie beim zivilprozessualen Rekurs unterbleibt die Rückweisung in der Regel mit Rücksicht auf eine rasche Erledigung des Verfahrens. Bei einer Beschwerde wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung, d.h. also wenn die Vorinstanz die Sache gar nicht behandelt hat, ist allenfalls eine Rückweisung möglich ¹⁸. Die Aufsichtsbehörde kann aber - und tut dies in der Regel auch - direkt selbst einen neuen Entscheid treffen ^{19,20}.

IV. Mitteilung des Entscheides

Die Beschwerdeentscheide werden schriftlich mitgeteilt ²¹. Empfangsscheine sind von Bundesrechts wegen nicht vorgeschrieben ²². Gemäss OA Ziff. 25 erfolgt die Mitteilung im Kanton Zürich jedoch gegen Empfangsschein.

Adressaten der Mitteilung sind das beteiligte Amt, der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner ²³. Die Rechte

16. Vgl. SchKG Art. 21; Jaeger, N 2 zu Art. 21.

17. Sorg, S. 98.

18. Blumenstein, S. 101; vgl. auch die entsprechende Praxis beim zivilprozessualen Rekurs: Sträuli/Messmer, N 2 zu § 280.

19. Blumenstein, S. 101, insbesondere Anm. 78.

20. Zur bundesgerichtlichen Praxis vgl. Deggeller, S. 115.

21. OA Ziff. 25; OG Art. 77.

22. Birchmeier, Anm. zu Art. 77.

23. OG Art. 77 Abs. 1.

der übrigen Beteiligten sind dadurch genügend gewahrt, dass für diese die Frist zur Weiterziehung erst mit der Kenntnisnahme des Entscheides beginnt ²⁴.

Der Inhalt der Mitteilung wird teilweise durch das Bundesrecht (OG Art. 75 Abs. 1, Art. 77 und Art. 51 Abs. 1 lit. b und c) geregelt. Im übrigen ist auch diesbezüglich das kantonale Zivilprozessrecht sinngemäss anzuwenden ²⁵.

Von Bundesrechts wegen hat sich die entscheidende Behörde als untere beziehungsweise obere Aufsichtsbehörde zu bezeichnen ²⁶. Der Entscheid ist zu begründen ²⁷. Ferner muss er die wesentlichsten tatsächlichen Verhältnisse, die Rechtsbegehren der Parteien und deren Beweisangebote enthalten ²⁸.

Für die weitere Ausgestaltung des Entscheides sei auf § 157 GVG verwiesen, der sinngemäss auf die Beschwerdeentscheide anwendbar ist. In ausführlicher Aufzählung sind dort die verschiedenen Punkte, die im Entscheid enthalten sein müssen, festgehalten ²⁹.

24. Vgl. vorn § 22 II.1.

25. Vgl. GVG § 155 ff.; Kreisschreiben des Obergerichts vom 7. Juli 1976.

26. OG Art. 75 Abs. 1.

27. OG Art. 77 Abs. 1.

28. OG Art. 77 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 lit. b und c.

29. Die kantonalen Aufsichtsbehörden sind von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet, ihre Entscheide mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (BGE 101 III 97). Ihre Anordnung durch das kantonale Recht (GVG § 157 Ziff. 12) scheint mir jedoch sinnvoll.

§ 28 Revision

Das SchKG schweigt sich über die Möglichkeit der Revision eines Beschwerdeentscheides aus und überlässt ein allfälliges Verfahren dem kantonalen Recht. Aus Art. 78 Abs. 2 OG ergibt sich immerhin, dass von Bundesrechts wegen keine Veranlassung besteht, das Rechtsmittel der Revision nicht zuzulassen¹. Verschiedene Kantone - unter ihnen der Kanton Zürich² - haben denn auch die Revision zugelassen³.

Für das Verfahren sind wiederum die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die Revision (§ 293 ff. ZPO) analog anzuwenden⁴.

"Die Revision kann verlangen, wer nach Fällung des rechtskräftigen Entscheides Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, welche den Entscheid für ihn günstiger gestaltet hätten und die er auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht rechtzeitig hätte beibringen können"⁵. Ist ein Endentscheid auf Grund von Anerkennung, Rückzug oder Vergleich ergangen, so kann derjenige Revision verlangen, der nachweist, dass die Parteierklärung zivilrechtlich unwirksam ist⁶.

-
1. OG Art. 78 Abs. 2 bestimmt: "Die Rekursfrist wird durch ein Gesuch um Revision oder Erläuterung des angefochtenen Entscheides nicht unterbrochen."
 2. ZR 18 51.
 3. BLSchK 1970 S. 49; Sorg, S. 107 Anm. 5.
 4. Hauser/Hauser, Anm. 5 lit. C Ziff. 2 zu § 35 (S. 92); Jaeger, N 5 zu Art. 18; Sorg, S. 106; ZR 18 51; BLSchK 1970 S. 49; 1948 S. 24.
 5. ZPO § 293 Abs. 1.
 6. ZPO § 293 Abs. 2.

Die Revision ist ein ausserordentliches Rechtsmittel. Sie ist im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nur dann zulässig, wenn der betreibungsrechtliche Rekurs nicht mehr möglich ist, d.h. dann, wenn die Rekursfrist abgelaufen und der Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist ⁷. Das Revisionsbegehren ist schriftlich ⁸ innert 90 Tagen seit der Entdeckung der Revisionsgründe ⁹ bei der Aufsichtsbehörde einzureichen, welche die Sache in letzter Instanz entschieden hat. Der Inhalt des Begehrens hat den in § 296 Ziff. 1 - 4 ZPO festgehaltenen Anforderungen zu entsprechen ¹⁰.

Erweist sich das Revisionsgesuch nicht sofort als unzulässig oder unbegründet, so ordnet die Aufsichtsbehörde die schriftliche Beantwortung ¹¹ und allenfalls die erforderlichen Beweiserhebungen an ¹². Wird das Revisionsbegehren als begründet erachtet, so hebt die Aufsichtsbehörde die frühere Entscheidung auf und fällt einen neuen Entscheid ¹³.

7. ZPO § 293 Abs. 3 ist insofern analog anzuwenden.

8. Vgl. ZPO § 296.

9. Vgl. ZPO § 295 Abs. 1; Abs. 2 bestimmt: "Wurde durch ein Verbrechen oder ein Vergehen zum Nachteil des Revisionsklägers auf den Entscheid eingewirkt, läuft die Frist von der rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens an."

10. Das Revisionsbegehren muss enthalten:

- die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides;
- den bestimmten Antrag, in welchem Umfang der angefochtene Entscheid aufzuheben und wie statt dessen zu erkennen sei;
- die einzelnen Revisionsgründe unter Bezeichnung der entsprechenden Beweismittel;
- den Nachweis, dass die Frist eingehalten ist.

11. Vgl. ZPO § 297.

12. Vgl. ZPO § 298.

13. Vgl. ZPO § 298.

6. Kapitel = § 29 Rekurs an die obere kantonale
Aufsichtsbehörde

Wie vorn ¹ festgestellt wurde, hat der Kanton Zürich von der Möglichkeit einen innerkantonalen Instanzenzug einzurichten, Gebrauch gemacht. Der Entscheid einer unteren kantonalen Aufsichtsbehörde kann daher binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann gegen eine untere Aufsichtsbehörde jederzeit Rekurs eingelegt werden ².

Für das Rekursverfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde bestehen - wie für das Beschwerdeverfahren ³ - praktisch keine Bestimmungen, weder kantonale noch bundesrechtliche. Auf das betriebsrechtliche Rekursverfahren sind daher ebenfalls die Normen über den zivilprozessualen Rekurs analog anzuwenden. Im grossen und ganzen kann daher auf die für das Beschwerdeverfahren gemachten Ausführungen verwiesen werden ⁴. In Ergänzung dazu ist noch auf zwei Probleme einzutreten: erstens die Rekursberechtigung und zweitens das Novenrecht.

1. Vgl. vorn § 4 I.

2. SchKG Art. 18.

3. Vgl. vorn Einleitung.

4. Ebenso Favre, S. 74; derselbe, SJK 679 S. 6.

Was die Rekursberechtigung anbelangt, kann grundsätzlich auch auf die entsprechenden Erörterungen zur Beschwerdeberechtigung verwiesen werden ⁵. Eine Besonderheit ergibt sich jedoch insofern, als zum Rekurs unter Umständen auch solche Personen legitimiert sind, die am Beschwerdeverfahren in keiner Weise beteiligt waren. Dies ist dann der Fall, wenn die Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 17 SchKG erst durch den Beschwerdeentscheid erfüllt werden. Diejenigen, die erst durch den Beschwerdeentscheid in ihren legitimen Interessen verletzt werden, müssen berechtigt sein, dagegen zu rekurrieren ⁶; denn für sie bestand kein Anlass, schon gegen die Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes die Beschwerde zu ergreifen.

Wie bei jedem Rechtsmittel stellt sich auch beim Rekurs die Frage, ob das Vorbringen von Nova zulässig sei oder nicht. Da auch diesbezüglich eine bundesrechtliche Regelung fehlt und das kantonale Recht ebenfalls keine ausdrückliche Regelung enthält, ist wiederum auf die entsprechende Praxis abzustellen.

Ein wesentlicher Grundsatz ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Praxis. Das Bundesgericht nimmt an, dass die Zulassung neuer Vorbringen im kantonalen Rekursverfahren nicht an strengere Voraussetzungen geknüpft werden darf, als Art. 79 OG sie für die bundesgerichtliche Instanz aufstellt ⁷.

5. Vgl. vorn, insbesondere § 13.

6. Jaeger, N 2 zu Art. 18; Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 18; Favre, SJK 679 S. 6; Sorg, S. 47.

7. BGE 82 III 149; 73 III 33.

Im übrigen entscheidet allein das kantonale Recht über die Möglichkeit der Zulassung neuer Vorbringen für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde⁸. Die zürcherische Praxis wendet wiederum die entsprechende Regelung des zivilprozessualen Rekurses analog an⁹. Massgebend ist somit § 278 in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO. Danach können neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden erhoben und neue Beweismittel bezeichnet werden. Auf neue oder erweiterte Anträge haben die Aufsichtsbehörden jedoch nicht einzutreten¹⁰. Auch das Vorbringen neuer Beschwerdegründe ist ausgeschlossen. Die peremptorische Beschwerdefrist¹¹ würde sonst illusorisch^{12,13}.

8. RGE 82 III 149; 73 III 33.

9. ZR 47 33.

10. ZR 47 33; 44 83; 42 100.

11. Vgl. vorn § 22 III.1.

12. Ebenso Sorg, S. 82.

13. Eine Ausnahme ergibt sich insofern, als Personen, die am Beschwerdeverfahren nicht teilgenommen haben und erst durch den Beschwerdeentscheid in ihren legitimen Interessen verletzt werden, berechtigt sein müssen, neue Anträge zu stellen (vgl. Jaeger, N 2 zu Art. 18; Sorg, S. 82 Anm. 25).

7. Kapitel = § 30 Rekurs an das Bundesgericht

Gemäss Art. 19 SchKG kann ein gesetzwidriger Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde ¹ binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung an das Bundesgericht weitergezogen werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann gegen eine kantonale Aufsichtsbehörde jederzeit beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden.

Während für das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden praktisch keine Regelung besteht, wird jenes vor Bundesgericht erschöpfend normiert ². Die entsprechenden Vorschriften befinden sich im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Art. 78 - 82). Für die Rekurse wegen Gesetzesverletzung verweist Art. 81 OG auf eine Reihe von Bestimmungen, die für die Berufung an das Bundesgericht gelten ³. Sie sind entsprechend auf den Rekurs anzuwenden. Dagegen finden bei Rechtsverweigerungsbeschwerden gegen die kantonalen Aufsichtsbehörden die Artikel 91, 93 und 95 OG, die das für die Staatsrechtspflege vorgesehene Instruktionsverfahren regeln, sinngemässe Anwendung ⁴.

-
1. Falls in einem Kanton eine untere und eine obere Aufsichtsbehörde besteht, ist der Rekurs an das Bundesgericht nur gegen Entscheide der oberen Aufsichtsbehörde zulässig (Simond, SJK 627 S. 1); der kantonale Instanzenzug muss also erschöpft sein.
 2. Hauser/Hauser, Anm. 5 lit. C Ziff. 2 zu § 35.
 3. OG Art. 81 verweist auf OG Art. 43, 52, 57 und 63 - 66.
 4. OG Art. 82 verweist auf OG Art. 91, 93, und 95.

8. Kapitel = § 31 Regelung des Beschwerdeverfahrens
de lege ferenda

I. Regelung des Verfahrens vor Bundesgericht

Zur Zeit besteht für das Rekursverfahren vor Bundesgericht eine ausdrückliche Regelung im OG ¹. Ursprünglich bildeten die Vorschriften über das Verfahren bei Beschwerden aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Gegenstand einer besonderen Verordnung des Bundesgerichts ². Diese Verordnung wurde 1943 in das Organisationsgesetz integriert. Grund dafür war die Absicht, die Bundesrechtspflege zu vereinheitlichen. Man strebte die Vereinigung sämtlicher Rechtsmittel an das Bundesgericht im OG an und hoffte, damit eine gewisse Einheitlichkeit, Uebersichtlichkeit und leichtere Handhabung des Gesetzes zu erreichen ³.

De lege ferenda stellt sich die Frage, ob dieses Ziel weiter verfolgt werden soll, ob sich eine "äussere" Kodifikation ⁴ der Rechtsmittel aufdrängt oder ob allenfalls auch eine konsequente Durchsetzung derselben Grundsätze bei den verschiedenen Rechtsmitteln - ohne sie in einem Gesetz zu vereinigen - genügt.

-
1. Vgl. vorn Einleitung.
 2. Verordnung des Bundesgerichts vom 3. November 1910 über die Beschwerdeführung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (AS 26.1121).
 3. Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof in Strafsachen (Art. 268 RStP) ist heute als einziges Rechtsmittel an das Bundesgericht nicht im OG geregelt.
 4. Vgl. Noll, (Gesetzgebungslehre) S. 220.

Das OG war ursprünglich ein mehr oder weniger reines Organisationsgesetz. Nach und nach wurden auch prozessuale Bestimmungen darin aufgenommen ⁵. Heute enthält es zur Hauptsache Bestimmungen über das Verfahren und nicht über die Organisation ⁶.

Der Gesetzgeber ist somit von der üblichen systematischen Trennung zwischen Gerichtsorganisationsgesetz und Verfahrensgesetzen abgekommen. Eine Ausnahme bildet noch das Gesetz über den Bundesstrafprozess ⁷. Noll ⁸ zeigt jedoch gerade an Hand des Verhältnisses zwischen OG und BStP auf, dass eine klare Trennung von Organisations- und Verfahrensgesetz kaum möglich und daher gesetzgebungstechnisch äusserst problematisch ist.

Aufgrund dieser Ueberlegungen wäre die Beibehaltung der Regelung des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht durch das OG zu befürworten.

Die Regelung sämtlicher Verfahren vor Bundesgericht im OG bedeutet für den Juristen sicher eine erhebliche Erleichterung. Für den Laien möchte ich dies jedoch bezweifeln. Er sucht gemäss seinem Vorverständnis die ihn betreffenden Normen in jenen Gesetzen, die sein Sachproblem regeln oder in entsprechenden Verfahrensgesetzen (Zivilprozess-, Strafprozess- oder Verwaltungsverfahrensgesetz) ⁹.

5. Reichel, S. XXXI.

6. Schaad, S. 36.

7. BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP).

8. Noll, S. 6; derselbe, (Gesetzgebungslehre) S. 202 ff.

9. Vgl. Noll, (Gesetzgebungslehre) S. 220 ff.

Mit Rücksicht auf eine adressatenadäquate Gesetzgebung wäre somit eine "äussere" Kodifikation der Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht abzulehnen. Vorzuziehen wäre eine Regelung der Rechtsmittelverfahren in entsprechenden Rechtspflegegesetzen ¹⁰.

Für die Beantwortung der Frage, wo das betriebsrechtliche Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht geregelt werden soll, spielen diese Überlegungen jedoch keine so wesentliche Rolle. Denn beim betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren kommt der Rechtsuchende vom SchKG her. Ob ihn das SchKG nun auf das OG oder auf eine das betriebsrechtliche Beschwerdeverfahren regelnde Verordnung des Bundesgerichts verweist, ist für ihn unwesentlich. Dass eine vollständige Regelung des Beschwerdeverfahrens im SchKG nicht sinnvoll ist, braucht wohl nicht besonders betont zu werden. Nur jene Vorschriften müssen im Gesetz enthalten sein, die sich direkt an den Betroffenen wenden. Das Gesetz soll sich auf das Grundsätzliche beschränken, während reine Verfahrensvorschriften, die sich insbesondere an die Behörden wenden, in die Verordnung gehören ¹¹.

10. Vgl. Noll, S. 6 f.

11. Vgl. Haab, S. 368 a f.: "Dabei empfiehlt es sich:
1. in das Gesetz selbst, soweit tunlich, nur diejenigen Rechtssätze aufzunehmen, die für die am Verfahren Beteiligten von Bedeutung sind, und zwar in einer klaren und einfachen, das Prinzipielle hervorhebenden Formulierung;
2. die vollstreckungstechnischen Detailvorschriften in Ausführungserlasse zu verweisen, die dem Ermessen des Beamten den nötigen Spielraum gewähren."

Aufgrund der Tatsache, dass das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht heute im OG geregelt ist und kein zwingender Grund zu einer Aenderung dieser Situation vorliegt, ist m.E. auch de lege ferenda diese Regelung im OG zu belassen. Diese Lösung wäre auch den Bestrebungen zur Vereinigung sämtlicher Rechtsmittel an das Bundesgericht im OG - auf die eingangs dieses Paragraphen hingewiesen wurde - dienlich.

II. Regelung des Verfahrens vor den kantonalen Instanzen

Die Regelung des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht erleichtert dessen Durchführung sehr. Es drängt sich daher die Frage auf, ob nicht auch das kantonale Verfahren ausdrücklich geregelt werden sollte. In Anbetracht der erheblichen Rechtsunsicherheit sowohl bei den Behörden als auch bei den Parteien und ihren Vertretern wäre eine klare Normierung des Verfahrens sicher wünschenswert. Das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren vor den unteren Instanzen könnte entweder durch den Bund oder durch die Kantone geregelt werden.

1. Kantonalrechtliche Regelung des Verfahrens

Heute ist das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden grundsätzlich Sache der Kantone. Es wäre daher naheliegend, wenn gerade sie zum Erlass einer Regelung verpflichtet würden. Dies hätte den Vorteil, dass den Besonderheiten der Gerichtsorganisation des jeweiligen Kantons Rechnung getragen werden könnte. Im Kanton Zürich enthält das GVG (§ 109 - 111) einen Ansatz zu einer kantonalen Regelung des Beschwerdeverfahrens. Ein Ausbau zu einer vollständigen Normierung des Ver-

fahrens im Rahmen des GVG wäre durchaus möglich ^{12,13}. M.E. wäre es jedoch systematisch befriedigender, die erforderlichen Normen im AG zum SchKG unterzubringen. Der Regelung des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens durch die Kantone steht jedoch die allgemeine Tendenz zur Vereinheitlichung des Rechts entgegen. Mit Rücksicht darauf wäre eher eine Normierung durch den Bund anzustreben.

2. Bundesrechtliche Regelung des Verfahrens

Eine bundesrechtliche Regelung des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens vor den kantonalen Instanzen würde eine wünschenswerte Vereinheitlichung des Rechts und damit erhöhte Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit mit sich bringen. Das Verfahren könnte durch das Bundesgericht auf dem Verordnungswege geregelt werden. Dadurch wäre es ohne allzugrossen Aufwand möglich, eine optimale Anpassung an das Verfahren vor Bundesgericht zu erreichen und so einen reibungslosen Ablauf des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens vor allen Instanzen zu garantieren.

12. Vgl. dazu die vorn (§ 6) vorgeschlagene Regelung des Ausstandes.

13. Es wirkt vielleicht etwas störend, dass in das GVG Verfahrensvorschriften aufgenommen werden sollen. Vgl. dazu jedoch die unter I. bezüglich des OG angestellten Ueberlegungen.

Curriculum vitae

Ich wurde am 15. März 1952 in Winterthur geboren. Hier besuchte ich auch die Primar-, die Sekundar- und die Handelsschule. Anschliessend leistete ich längere Zeit Militärdienst und war einige Monate als kaufmännisch Angestellter tätig. 1973 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 3. Mai 1978 wurde ich zum Lizentiaten promoviert. Nach einer mehrmonatigen Auslandsreise begann ich meine Dissertation zu schreiben. Seit dem 1. Februar 1980 arbeite ich als Auditor am Bezirksgericht in Bülach. Am 13. Februar 1980 erwarb ich den Doktorhut.

